

تأليف

الإمام الفقيه أبي العباس نجم الدين أحمد بن محمد ابن الرفعة

المتوفى ٧١٠ هـ

ويليه

الهداية إلى أوهام الكفاية

تأليف

الإمام الشيخ جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي

المتوفى ٧٧٢ هـ

دراسة وتحقيق وتعليق

الأستاذ الدكتور مجدي محمد سرور باسلوم

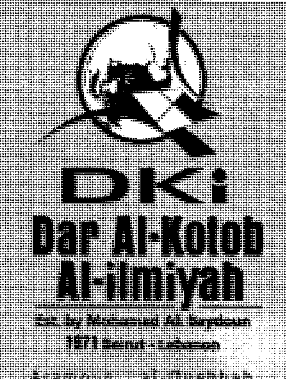
الجزء الثالث عشر

المحتوى:

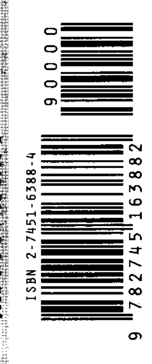
كتاب النكاح - كتاب الصداق - كتاب الطلاق

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Title	: KIFĀYAT AL-NABĪH ŠARḤ AL-TANBĪH	كفاية النبيه شرح التنبيه :	الكتاب
Classification:	Shafeit jurisprudence	فقه شافعي :	التصنيف
Author	:Imām Najmuddīn Ibn al-Rifʿah	الإمام ابن الرفعة :	المؤلف
Editor	:Dr. Majdi Muhammad Surūr Bāsallūm	د.مجدي محمد سرور باسلوم :	المحقق
Publisher	:Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah	دار الكتب العلميـــة ـ بيروت :	الناشر
Pages	:10464 (20 volumes)+general glossary	10464(20 جزءاً)+ الفهارس العامة :	عدد الصفحات
Year	:2009	2009 :	سنة الطباعة
Printed in	:Lebanon	لبنان :	بلد الطباعة
Edition	:1st	الأولى :	الطبعة



ISBN 978-2-7451-6388-2





كتاب النكاح

قال الواحدي: قال الأزهري: أصل النكاح في كلام العرب: الوطء.

وقيل للتزويج: نكاح؛ لأنه سبب الوطء.

يقال: نكح المطر الأرض، ونكح النعاس عينه.

وقال أبو القاسم الزجاجي [1]: النكاح في كلام العرب [بمعنى] [2] الوطء والعقد جميعًا، وموضع (ن ك ح) على هذا الترتيب في كلامهم: للزوم الشيء الشيء راكبًا عليه، فإذا قالوا: نكح فلان فلانة، ينكحها، نَكْحًا ونكاحًا - أرادوا: تزوَّجها.

قال ابن جني [3]: سألت أبا عليٍّ الفارسي [4] عن قولهم: نكحها، فقال: فرقت العرب فرقًا لطيفًا يعرف [به] [5] موضع العقد من الوطء، فإذا [قالوا: نكح] [6] فلان فلانة أو بنت فلان أو أخته، أرادوا: تزَّوجها، وعقد عليها، وإذا قالوا: نكح

---

(١) هو: عبد الرحمن بن إسحاق النهاوندي الزجاجي، أبو القاسم، شيخ العربية في عصره، من تصانيفه: الجمل الكبرى، والإيضاح في علم النحو، والزاهر، وغير ذلك. توفي سنة سبع وثلاثين وثلاثمائة.
ينظر: وفيات الأعيان (١/ ٢٧٨)، وبغية الوعاة (٢/ ٧٧).

(٢) سقط في س.

(٣) هو: الحسن بن أحمد بن عبد الغفار بن محمد بن سليمان الإمام، أبو علي الفارسي، أحد أئمة العربية المشهورين، من تصانيفه: الحجة في علل القراءات، والتذكرة، والإيضاح في النحو، توفي سنة سبع وسبعين وثلاثمائة.
ينظر: وفيات الأعيان (١/ ١٣١)، وبغية الوعاة (١/ ٤٩٦ - ٤٩٨).

(٤) هو: عثمان بن جني، أبو الفتح من أئمة الأدب والنحو والتصريف، وعلمه بالتصريف أقوى وأكمل من علمه بالنحو، أخذ عن أبي علي الفارسي، من تصانيفه: الخصائص في النحو، وسر الصناعة، وشرح تصريف المازني، واللمع في النحو، توفي سنة اثنتين وتسعين وثلاثمائة.
ينظر: وفيات الأعيان (١/ ٣١٣)، وبغية الواعاة (٢/ ١٣٢).

(٥) سقط في ب، د.

(٦) في ب: قال.

امرأته أو زوجته، لم يريدوا إلا المجامعة؛ لأن بذكر [امرأته وزوجته][1] يستغني عن العقد.

واختلف أصحابنا في حقيقته على ثلاثة أوجه، حكاها القاضي الحسين في «تعليقه»:

أصحها: أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء، وهذا الذي صححه القاضي [أبو الطيب][2]، وأطنب في الاستدلال له، وبه قطع المتولي، وهو الذي جاء به القرآن الكريم والأحاديث.

والثاني: أنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد.

والثالث: أنه حقيقة فيهما بالاشتراك، والله أعلم.

والأصل في مشروعيته - قبل الإجماع - [من الكتاب][3] قوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣]، وقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ﴾ [النور: ٣٢]، وغيرهما من الآيات.

ومن السنة قوله - عليه السلام-: «تَنَاكَحُوا، تَكْثُرُوا»[4]، وقوله: «النِّكَاحُ سُنَّتِي؛ فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي، فَلَيْسَ مِنِّي»[5] وغيرهما من الأخبار.

قال: من جاز له النكاح من الرجال، وهو جائز التصرف: فإن[6] **كان غير محتاج إليه** - أي: لعلةٍ قامت به من مرضٍ أو عجز، أو لم تكن به علة إلا أنه

---

(١) في س: المرأة أو الزوجة.
(٢) سقط في ب، د.
(٣) سقط في ب، د.
(٤) أخرجه الديلمي في مسند الفردوس (٢/ ١٣٠) (٢٦٦٣) من طريق محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن البيلماني عن أبيه عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «حجوا تستغنوا، وسافروا تصحوا، وتناكحوا تكثروا، فإني أباهي بكم الأمم».
قال الحافظ في التلخيص (٣/ ٢٤٨): والمحمدان ضعيفان، وذكر البيهقي في معرفة السنن والآثار (٥/ ٢١٩) عن الشافعي أنه ذكره بلاغاً وزاده في آخره: «حتى السقط».
(٥) أخرجه ابن ماجه (١/ ٥٩٢) كتاب النكاح، باب ما جاء في فضل النكاح (١٨٤٦) من طريق عيسى بن ميمون، عن القاسم،عن عائشة... وفيه: النكاح من سنتي، فمن لم يعمل بسنتي فليس مني.
قال البوصيري في الزوائد (٢/ ٦٥): «هذا إسناد ضعيف؛ لضعف عيسى بن ميمون، وله شاهد في الصحيحين، وغيرهما، من حديث عبد الله بن مسعود، ورواه البزار في مسنده من حديث أنس». اهـ.
وذكره الحافظ في التلخيص (٣/ ٢٤٩) وقال: وفي إسناده عيسى بن ميمون وهو ضعيف.
(٦) في التنبيه: وإن.

غير تائق، وغير قادر على مُؤَنِهِ - كره له أن يتزوج؛ لقوله - عليه السلام-: «خَيْرُكُم بَعْدَ المِائَتَيْنِ: الْخَفِيفُ الحَاذِ» [قِيلَ: وَمَا الخَفِيفُ الحَاذِ؟ قال: «الَّذِي لا أَهْلَ لَهُ، وَلا وَلَدَ»، يقال: رجل خفيف الحاذ][1]؛ إذا كان خفيف لحم الفخذين، وكأنه [على][2] وِزَان قوله[3] القائل: فلان خفيف الظهر، ولأنه يلزم ذمته مغارم قد لا يقوم بها من غير حاجة.

أمَّا إذا كان غير تائق، وهو قادر على مُؤَنه[4] - فلا يكره في حقه، ولكن الأفضل [في حقه][5] التخلِّي لعبادة الله تعالى.

قال ابن الصباغ: ومن أصحابنا من قال: هو مستحب في الجملة تاقت النفس إليه أو لم تَتُقْ؛ لقوله ﷺ: «تَنَاكَحُوا، تَكْثُرُوا»[6]، ونقل الرافعي عن أبي سعد الهروي أنه نقل وجهًا عن الأصحاب مثل مذهب أبي حنيفة - رحمه الله -: أن النكاح أفضل من التخلي لعبادة الله تعالى.

ولو لم يكن مشتغلاً [بالعبادة][7] فوجهان:

أصحهما: أن الأفضل أن ينكح.

وقيل: تركه أفضل.

قال: **وإن كان محتاجًا إليه**، أي: ووجد أُهْبَتَهُ - **استحب له أن يتزوج**، أي: سواء كان مقبلاً على العبادة أو لا؛ لقوله - عليه السلام-: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، [عَلَيْكُمْ بِالْبَاءَةِ][8]؛ فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ؛ فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ»[9]، أي: قاطع لشهوته.

---

(١) سقط في ب. (٢) سقط في س. (٣) في د: مقول.
(٤) في د: مؤنته. (٥) سقط في د، س. (٦) تقدم.
(٧) سقط في س. (٨) في ب: «من استطاع منكم الباءة فليتزوج».
(٩) أخرجه الترمذي (٢/ ٣٧٨) أبواب النكاح، باب: ما جاء في فضل التزويج والحث عليه،حديث (١٠٨١)، والنسائي (٤/ ١٦٩-١٧٠) كتاب الصيام، باب: ذكر الاختلاف على محمد بن أبي يعقوب في حديث أبي أمامة في فضل الصائم، من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.
وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٨/ ١٣٧) حديث (٨٢٠٣)، والضياء المقدسي في الأحاديث المختارة (٥/ ٢٢٤) حديث (١٨٥٣) من حديث أنس (ولفظه: خرج علينا رسول الله ﷺ ونحن يومئذ شباب كلنا، فقال النبي ﷺ عليكم بالباءة فمن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء.

وروى [مسلم][١]: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ... »[٢] إلى آخره، والوجاء - بالمد-: ترضيض الخصية، والباءة - بالمد - هي: القدرة على مؤن النكاح، وبالقصر: هي الوطء.

قال الجيلي عن «شرح السنن»: وأصله الموضع الذي يأوى إليه [المتزوج][٣]، [ومنه اشتق مباءة الغنم، وهو الموضع الذي تأوى إليه][٤].

وفي «المستغرب»: أن أصله المنزل، وسُمِّي به النكاح؛ لأن من تزوج امرأة بوّأها منزلاً، وأَنَّ[٥] الوطء سمي به على طريق التوسُّع.

قال[٦]: ولا يجب عليه أن يتزوج؛ لقوله تعالى: ﴿فَأَنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ فعلقه على اختيار المرء واستطابته، والواجب ليس كذلك، وقال تعالى: ﴿مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣]، وذلك لا يجب أيضًا، وفي «شرح[٧] مختصر» الجويني أن بعض الأصحاب، قال: إن خاف الزنى وجب عليه النكاح.

وهو ما حكاه الجرجاني في «المعاياة» في كتاب الحج.

قلت: ويتجه بعضَ اتجاهٍ إذا لم يقدر على التسرِّي، أمَّا إذا قدر على التسرى [فلا يتعين][٨] النكاح دافعًا لمفسدة الزنى، ونقل القاضي أبو سعد أن بعض أصحابنا بالعراق ذهب إلى أن النكاح فرض على الكفاية، وأنَّه لو امتنع منه أهل قُطْرٍ أجبروا عليه.

أمَّا إذا لم يجد أهبة النكاح فلا يستحب له أن يتزوج، بل يكسر شهوته بالصوم؛ [للحديث السابق][٩]، فإن لم تنكسر بالصوم لم يكسرها بالكافور وغيره، [ولكن يتزوج][١٠].

ثم[١١] اعلم أن قول الشيخ: «**وهو جائز التصرف**» يخرج من ليس بجائز التصرف من الحَكَمَيْنِ عند الحاجة وعدمها، وهو عند عدم الحاجة ظاهر؛ لأنه لا

---

(١) سقط في س.

(٢) أخرجه البخاري (١٠/ ١٣٣) كتاب النكاح، باب: قول النبي ﷺ من استطاع الباءة فليتزوج، حديث (٥٠٦٥)، ومسلم (٢/ ١٠١٨، ١٠١٩) كتاب النكاح، باب: استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ووجد مؤنة، حديث (١/ ١٤٠٠) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه.

(٣) سقط في س.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ب، س: لأن.

(٦) زاد في س: قال.

(٧) في س: بعض.

(٨) في س: يجب عليه.

(٩) سقط في س.

(١٠) سقط في س.

(١١) في س: و.

يكون مكروهًا في حقه، بل غير جائزٍ؛ لأن الولي إنما يتصرف على وجه النظر والمصلحة، ولا مصلحة [له](١) في ذلك.

وأمَّا عند الحاجة فلا يطَّرد في كل محجور عليه؛ لأن السفيه يستحب في حقه النكاح في الصور التي يستحب فيها للرشيد، ويجب على الولي إجابته إذا طلب، كذلك العبد إذا خشي على نفسه، ولم تندفع شهوته بالصوم يستحب(٢) في حقه، ويجب على المولى(٣) إجابته على [رأيٍ](٤)، على ما سيأتي.

قال: «**والأولى ألاّ يزيد على امرأة واحدة**»؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾ [النساء: ١٢٩]، ولأنه يحصل المقصود بها غالبًا، وفي «الحاوي» في كتاب النفقات إبداء احتمالٍ لنفسه في أن هذا فيما(٥) إذا كانت تكفيه الواحدة، أمَّا من لا يقنع بالواحدة - لقوة شهوته - فالأولى به الزيادة؛ ليكون أغض لطَرْفه.

قال: «**وهو مخير**» - أي: غير المحجور عليه - **بين أن يعقد بنفسه وبين أن يوكِّل من يعقد له**؛ لأنه - ﷺ - [قَبِلَ النكاح بنفسه، ووكّل عمرو بن أمية الضَّمْري في قبول نكاح أم حَبِيبة(٦)] (٧) ووكل في [قبول](٨) نكاح ميمونة(٩).

---

(١) سقط في ب، د. (٢) في س: فيستحب. (٣) في ب، س: الولي.
(٤) سقط في ب، د. (٥) في د: مما.
(٦) حديث أنه ﷺ وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة بنت أبي سفيان.
قال البيهقي في معرفة السنن والآثار (٥/ ٢٦١) كتاب النكاح- باب الوكالة في النكاح: روينا عن أبي جعفر محمد بن علي أنه حكى ذلك ولم يسنده البيهقي، وأخرجه في السنن الكبرى (٧/ ١٣٩) من طريق ابن إسحاق حدثني أبو جعفر قال بعث رسول الله ﷺعمرو بن أمية الضمري إلى النجاشي فزوجه أم حبيبة ثم ساق عنه أربعمائة دينار، قال الحافظ ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٣/ ١٢٢): «واشتهر في السير أنه ﷺ بعث عمرو بن أمية إلى النجاشي فزوجه أم حبيبة وهو يحتمل أن يكون هو الوكيل في القبول أو النجاشي وظاهر ما في أبي داود والنسائي أن النجاشي عقد عليها عن النبي ﷺ وولي النكاح خالد بن سعيد بن العاص كما في المغازي وقيل عثمان بن عفان وهو وهم» اهـ.
قلت: أخرجه أبو داود (١/ ٦٤٠) كتاب النكاح، باب: الصداق، حديث(٢١٠٧)، والنسائي(٦/ ١١٩) كتاب النكاح، باب: القسط في الأصدقة.
(٧) سقط في س. (٨) سقط في ب.
(٩) حديث أنه ﷺ وكل أبا رافع في قبول نكاح ميمونة.
أخرجه مالك(١/ ٣٤٨) كتاب الحج: باب نكاح المحرم، حديث(٦٩)، ومن طريقه الشافعي في مسنده (١/ ٣١٧) كتاب الحج: الباب الخامس فيما يباح للمحرم وما يحرم، وما يترتب على ارتكابه من المحرمات من الجناية، حديث (٨٢٦)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢/ ٢٧٠) =

أمَّا لو وكل العبد أو السفيه من يقبل له النكاح، وجوزنا قبول السفيه بنفسه[١] بإذن وليه-: فإن كان بعد إذن المولى والولى جاز، وإن كان قبل إذنهما لم يجز، قاله في «التهذيب».

وقال ابن كجٍّ: الإذن للسفيه في النكاح [لا يفيد][٢] جواز التوكيل؛ لأنه لم يرفع الحجر إلا عن مباشرته.

تنبيه: يحتاج الموجِب للنكاح إذا كان القابل وكيلاً أن يعين الزوج في الإيجاب، فيقول: زوجت من فلان، ويحتاج الوكيل إلى تعيينه في القبول فيقول: قبلت النكاح لفلان أوله، فلو لم يقل[٣]: له، فعلى الوجهين فيما إذا قال الزوج: قبلت، ولم يقل: نكاحها.

قال مجلي: وهاهنا أولى بالبطلان؛ لأنه ليس مخاطبًا[٤] حتى ينعطف قوله: قبلت، على الخطاب، ويكون جوابًا، بخلاف الزوج، ولا يحتاج إلى ذكر الوكالة في العقد، لكن الشرط - على ما حكاه المتولي - علم الولي [بها][٥].

فرع: لو قال: زوجت ابنتي منك، فقال: قبلت نكاحها لفلان - لم ينعقد.

وإن قال: قبلت نكاحها، ونوى أن يقبله لموكِّله - وقع العقد للوكيل، ولم ينصرف للموكِّل بالنية.

وفي البيع لو قال: بعت منك، فقال: ابتعت لفلان - لم يصح، على أحد الوجهين في «التهذيب» و«التتمة» كما حكيناه[٦] هاهنا.

ولو قال: بعت منك، فقال: اشتريت، ونوى موكِّله - صح، ووقع العقد له.

= كتاب مناسك الحج- باب نكاح المحرم، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سليمان بن يسار مرسلا: أنهﷺ بعث أبا رافع مولاه ورجلا من الأنصار فزوجاه ميمونة بنت الحارث وهو بالمدينة قبل أن يخرج.

وأخرجه الترمذي (٣/ ٢٠٠) كتاب الحج: باب ما جاء في كراهية تزويج المحرم، حديث (٨٤١)، وأحمد (٦/ ٣٩٣) والدارمي (٢/ ٣٨) كتاب المناسك: باب تزويج المحرم، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢/ ٢٧٠) كتاب مناسك الحج: باب نكاح المحرم، والدار قطني (٣/ ٢٦٢) كتاب النكاح، باب: المهر، حديث (٦٧، ٦٨) وأبو نعيم (٣/ ٢٦٤)، والبيهقي في السنن الكبرى(٥/ ٦٦) كتاب الحج: باب المحرم لا ينكح ولا ينكح، كلهم من طريق حماد بن زيد، عن مطر الوراق، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن، عن سليمان بن يسار، عن أبي رافع...به.

(١) في س: بإذنه. (٢) في س: لا يقبل. (٣) في ب، د: يقبل.

(٤) في د: محطاطًا. (٥) سقط في س. (٦) في د: حكياه.

ولو قال: بعت من فلان، فقال الوكيل: قبلت [له] [١] - لم يصح، على ما حكاه في «التهذيب» هاهنا، وهو ما حكيته في كتاب الوكالة عن الشيخ أبي بكر، وأنه الذي اختاره الإمام، وأن الشيخ أبا محمد حكى فيه وجهين، وأيَّد وجه [الصحة بالنكاح][٢] وفرّق الأصحاب بينه وبين النكاح بوجهين:

أحدهما: أن الزوجين في النكاح بمثابة الثمن والمثمَّن في البيع، بدليل أنَّه يشترط [بقاؤهما لبقاء] [٣] العقد، ولا بد من تسمية الثمن والمثمن في البيع؛ فلا بد من [تسمية الزوجين] [٤] في النكاح.

والثاني: أن البيع يَرِدُ على المال، وأنه يقبل النقل من شخصٍ إلى شخصٍ؛ فيجوز [أن يقع][٥] العقد للوكيل، ثم ينتقل إلى الموكِّل، والنكاح يَرِدُ[٦] على البُضع، و [أنه لا] [٧] يقبل النقل؛ ولهذا لو قبل النكاحَ وكالةً عن غيره، وأنكر ذلك الغيرُ الوكالةَ - لا يصح النكاح.

ولو اشترى بالوكالة، وأنكر [الموكل][٨] الوكالة - وقع العقد للوكيل.

وهذا كله؛ لأن التزويج يقع من الموكِّل لا من المخاطِب، والبيع يتعلق بالمخاطِب دون من له العقد؛ ولهذا لو قال لوكيله: زوِّجْها من زيد، فقبل النكاح لزيد وكيله [صحّ] [٩]، ولو قال: بع من زيد، فباع من وكيل زيد لا يصح.

واعترض الشيخ مجلي على ذلك، فقال: وهذا على إطلاقه لا يصح، بل كل صورة صحّ فيها البيع لزيد - إمَّا بأن نسميه، أو [نقصده] [١٠] - فإنه يصح، وكل موضع يئول [الأمر][١١] إلى أن يجعل العقد للمشترى ينبغي ألا يصح.

قلت: والوجه حمل ما قاله الأصحاب على ما إذا بدأ وكيل البائع بالإيجاب، فقال: بعت منك، وقال وكيل المشتري: اشتريت لموكلي، وجوزناه، أو قال: اشتريت، ونوى موكله؛ لأن إيجاب وكيل البائع فاسد؛ لأنه لم يأذن [له][١٢] في البيع من غير زيدٍ، وقبول وكيل زيد مترتب[١٣] على إيجاب فاسد؛ [فيكون فاسدًا][١٤]، وحمل ما قاله مجلي على ما إذا بدأ وكيل المشترى بشِقِّ القبول،

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: النكاح بالصحة.
(٣) في س: لبقاؤهما بقاء.
(٤) في س: تسميته.
(٥) سقط في ب، د.
(٦) في س: يقع.
(٧) في س: فلا.
(٨) سقط في ب، د.
(٩) سقط في س.
(١٠) في د: نقصد به.
(١١) سقط في س.
(١٢) سقط في س.
(١٣) في س: مرتب.
(١٤) سقط في س.

فقال: اشتريت لزيدٍ، فقال وكيل البائع: بعتك؛ إذ لا مانع من الصحة.

قال: «**ولا يجوز أن يوكل إلا من يجوز أن يقبل العقد لنفسه**»؛ لأنه إذا لم يملكه لنفسه ففي حقّ غيره أولى.

تنبيه: قول الشيخ: «**يجوز أن يقبل العقد لنفسه**»:

إن أراد به جواز نكاحه للتي وكل في قبول نكاحها[(١)]، ورد[(٢)] عليه جواز توكيل أخي المرأة في قبول نكاحها إذا كان الولي الأب، وتوكيل الموسر في قبول نكاح الأمة، كما حكاه الرافعي قبيل كتاب الصداق.

وإن أراد ممن يصح منه أن يتزوج؛ ليحترز به عمن لا يجوز نكاحه كالمحرم وغيره - وَرَدَ عليه أن الكافر الذي[(٣)] يصح منه أن يتزوج لا يصح توكيله في قبول نكاح المسلمة، على ما حكاه ابن الصباغ في كتاب الوكالة، والرافعي قبل كتاب الصداق، على أن الإمام في كتاب الخلع حكى أن المسلم يجوز له أن يوكل الذمي في تزويج المسلمة من مسلم على المذهب الظاهر، وإذا جاز ذلك في الإيجاب ففي القبول أولى.

[وإن أراد][(٤)] به نوع من وكل في قبول نكاحها [ورد عليه جواز توكيل الموسر في قبول نكاح الأمة][(٥)].

قال: **وإن[(٦)] وكل عبدًا فقد قيل: يجوز**؛ لأنه صحيح العبارة بدليل صحة قبوله لنفسه بإذن سيده، وإنما الحجر عليه لحق السيد؛ فوجب أن يصح تصرفه فيما لا ضرر على السيد فيه، وقبول النكاح لا ضرر على السيد فيه.

قال: «**وقيل: لا يجوز**؛ لأنه لا يصح أن يكون وكيلاً في الإيجاب؛ فلا يكون وكيلاً في القبول كالصبي»، واختلف الأصحاب في محل القولين:

فمنهم من قال: محلهما إذا كان بغير إذن السيد، أمَّا إذا أذن السيد فيجوز قولاً واحدًا، وإليه أشار في «التهذيب».

ومنهم من قال: محلهما إذا كان بإذن السيد، أمَّا إذا كان بغير إذن السيد فلا يجوز قولاً واحدًا، وهو ما حكاه ابن الصباغ في كتاب الوكالة.

ومنهم من أجراهما مع وجود الإذن وعدمه.

---

(١) في س: نكاحه.
(٢) في ب، د: وورد.
(٣) في س: الذمي.
(٤) في س: فتعين أن يريد.
(٥) سقط في س.
(٦) في التنبيه: فإن.

وفي «الجيلي»: أن منهم من أجراهما في جانب الولي، أمَّا في جانب الزوج فيجوز قولاً واحدًا، وأنَّ الأصح الجواز مطلقًا، وكذلك حكاه النووي.

فروع:

يجوز توكيل السفيه بقبول النكاح، وهل يفتقر إلى إذن الولى؟ فيه وجهان، قاله البغوي.

وهذا منه تفريع على أن السفيه يصح أن يقبل(١) لنفسه بإذن وليه.

الفاسق يجوز أن يقبل النكاح لنفسه على الأصح، وفيه وجه حكاه الرافعي عند الكلام في ولاية الفاسق: أنّه لا يجوز أن يقبل لنفسه؛ بناءً على أنّه لا يكون وليًّا، والمشهور الأول، وهل يجوز أن يقبل لغيره؟ قال في «التهذيب»: يجوز.

وقد حكيت في باب الوكالة عن المحاملي وغيره أنه لا يجوز، وهو ما حكاه ابن يونس.

ثم لو قال للوكيل: اقبل لي نكاح أي امرأة شئت، ففي صحة ذلك وجهان حكيتهما في باب الوكالة.

قال: «**والمستحب ألا يتزوج إلا من يجمع(٢) الدين والعقل**»:

أمَّا اعتبار الدين؛ فلما روى [مسلم](٣) أنه - ﷺ - قال: «تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لأَرْبَعٍ: لِمَالِهَا، وَلِجَمَالِهَا، وَلِدِينِهَا، وَلِحَسَبِهَا، فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ»(٤) أي: افتقرت إن خالفت أمرى في ذلك؛ لأن «ترب» بمعنى: افتقر، و«أترب» بمعنى: استغنى.

وقيل: إنه - عليه السلام - تكلم به على عادة العرب على طريق الدعاء.

ونقل الجيلي عن بعضهم أن «تربت يداك» أي: استغنت يداك، وأنه جعل «ترب» و«أترب» بمعنًى واحدٍ(٥).

---

(١) زاد في س: العقد. (٢) في س: تجمح. (٣) سقط في س.

(٤) أخرجه البخاري (٩/ ٣٥) كتاب النكاح، باب: الأكفاء في الدين (٥٠٩٠)، و مسلم (٢/ ١٠٨٦) كتاب الرضاع، باب: استحباب نكاح ذات الدين (٥٣/ ١٤٦٦).

(٥) قوله ﷺ في حديث مسلم: «فاظفر بذات الدين، تربت يداك»، أي: افتقرت، إن خالفت أمري [في ذلك]؛ لأن ترب بمعنى افتقر، وأترب بمعنى استغنى.
ونقل الجيلي عن بعضهم: أن ترب هنا بمعنى استغنى، وأن ترب وأترب بمعنى واحد. انتهى.
واقتصاره في هذا النقل على الشرح المذكور يوهم عدم ثبوت هذا النقل، ولا سيما وقد وقع فيه شيء غريب، وهو أن الجيلي قد نقله عن كتاب «فَعلت وأفعلت» للزجاج، فقال: قال الزجاج في كتاب =

وأمَّا اعتبار العقل؛ فلأن القصد بالنكاح طول العشرة وطيب[(١)] العيش، ولا يكمل ذلك إلا مع العاقلة؛ ولهذا المعنى استحب - أيضًا - أن تكون جميلة، وليس استحباب ذلك مأخوذًا من الحديث السابق؛ لأنه - عليه السلام - أخبر أن الواقع في الوجود جريان النكاح للأمور الأربعة، وحثّ على مراعاة وصف الدين؛ فلا يكون ذِكْره لما عداه دليلاً على استحباب ذلك.

ويستحب مع ما ذكرناه أن تكون [حسيبة، وأن تكون][(٢)] بكرًا إذا لم يكن به عذر؛ لأن الأبكار أعذب أفواهًا، وأنتق أرحامًا، وأرضى باليسير، ومعنى: «أنتق أرحامًا» أي: أكثر أولادًا. قاله القتبي.

وأن تكون ولودًا، وأن تكون غير قريبةٍ؛ كي لا يخلق الولد ضاويًا، أي: ضعيفًا؛ لأن شهوته لا تتم على قريبته.

وقال ابن الصباغ قبل باب الاختلاف في[(٣)] المهر من كتاب الصداق: لأن الولد يكون الغالب عليه الحمق.

وقد وردت الأخبار دالَّة على جميع ما ذكرناه.

فائدة: يستحب لمن رغب في نكاح امرأة أن ينظر إليها [مكرّرًا؛ ليتأملها، بإذنها وبغير إذنها][(٤)]؛ لما روى عن المغيرة بن شعبة أنه خطب امرأة، فقال له - عليه السلام-: «انْظُرْ إِلَيْهَا فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَكُمَا»[(٥)]، أي: يجعل بينكما المودة والألفة.

= فعلت وأفعلت: تربت يداك استغنت، وجعل ترب وأترب بمعنى واحد. هذا كلام الجيلي.
وقد صرح -أعني: الزجاج- في الكتاب المذكور، بعكس ذلك فقال: باب التاء من «فعلت وأفعلت»، والمعنى مختلف يقال: ترب الرجل، إذا افتقر، وأترب إذا استغنى. هذه عبارته إذا علمت ذلك، فقد نقل أن ترب بمعنى استغنى، جماعة، منهم: القاضي عياض في «مشارق الأنوار»، والماوردي في كتاب «الصداق» من «الحاوي»، والعمراني في «البيان» هنا.
ولما تكلم القرطبي في شرح مسلم على «تربت يمينك»، قال - وقد أحسن البديع في بعض رسائله - فقال: وقد توحش اللفظ، وكله ود، ويكره الشيء وما من فعله بُد، هذه العرب تقول للشيء إذا أهم: قاتله الله، ولا أب له، ولا يريدون به الذم، وويل أمه للأمر إذا تم، وللألباب في هذا الباب: أن تنظر إلى القول وقائله، فإن كان وليًّا، فهو الولاء، وإن وحش وإن كان عدوا، فهو البلاء وإن حسن. [أ و].

(١) في س: طلب. (٢) سقط في س.
(٣) في س: وفي. (٤) سقط في س.
(٥) أخرجه أحمد (٤/ ٢٤٤ - ٢٤٥)، والدارمي (٢/ ١٣٤) كتاب النكاح، باب: الرخصة في النظر للمرأة عند الخطبة، والترمذي (٣/ ٣٩٧) كتاب النكاح، باب: ما جاء في النظر إلى المخطوبة، =

وحكى الإمام وجهًا: أنه مباح مجرد، فإن لم يتيسر النظر إليها بعث إليها امرأة تتأملها(١) وتصفها له، كما فعل رسول الله ﷺ.

ثم الذي يباح النظر إليه منها الوجه والكفان ظهرًا وبطنًا (أ) مع خوف الفتنة ودونها.

وحكى الحناطي في جواز النظر إلى المفصل الذي بين الكف والمعصم وجهين.

وفي «شرح» الجويني وجه: أنه ينظر إليها نظر الرجل إلى الرجل.

وأمَّا وقت النظر فبعد(٢) العزم على نكاحها وقبل الخطبة، وفيه وجهان آخران:

أحدهما: ينظر إليها حين(٣) تأذن في عقد النكاح.

والثاني: عند ركون أحدهما إلى صاحبه، وذلك حين تحرم الخِطْبة على الخطبة.

قال: «**فإن لم يكن جائز التصرف، فإن كان صغيرًا، ورأى الأب أو الجد**» -أي: أب الأب- عند عدم الأب **تزويجَهُ**، **زوجه**؛ لأن ابن عمر - رضي الله عنه - زوج ابنًا له صغيرًا، ولأنّ فيه حظًّا له، وهو أن يألف حفظ الفرج حين بلوغه، ولأنه لمَّا كان لهما ولاية تزويج الصغيرة، مع أنها تبقى في قهر الزوج أبدًا - فَلَأَنْ يكون لهما تزويج الصغير مع تمكنه من الخلاص بالطلاق عند البلوغ أولى، وهل يجب [ذلك؟ أبدى](٤) الإمام فيه ترددًا، وكذلك في وجوب تزويج الصغيرة عند ظهور الغبطة، وهو في الصغير(٥) أظهر.

وهل له أن يزوجه بأكثر من امرأة [واحدة](٦)؟ فيه طريقان:

= حديث (١٠٨٧)، والنسائي (٦/ ٦٩) كتاب النكاح، باب: إباحة النظر قبل التزويج، وابن ماجه (١/ ٦٠٠) كتاب النكاح، باب: النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها، حديث (١٨٦٦)، وعبد الرزاق (١٣٣٥)، وسعيد بن منصور رقم (٥١٦ - ٥١٨)، وابن الجارود ص (٢٢٦) كتاب النكاح، حديث (٦٧٥)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/ ١٤) كتاب النكاح، باب: الرجل يريد تزوج المرأة هل حل له النظر إليها أم لا؟، والدارقطني (٣/ ٢٥٢) كتاب النكاح، باب: المهر، حديث (٣١)، والبيهقي (٧/ ٨٤) كتاب النكاح، باب: نظر الرجل إلى المرأة يريد أن يتزوجها، والخطيب في التاريخ (٧/ ٣٤٤)، والبغوى في شرح السنة (٥/ ١٤) من طريق عاصم الأحول عن بكر بن عبد الله المزنى.

(١) في س: مثلها. (٢) في س: فوقت. (٣) في د: من.
(٤) سقط في ب. (٥) في د: الصغيرة. (٦) سقط في س.

أحدهما: أنه على قولين، وقيل: وجهين.

والطريق الثاني: أنه يجوز قولاً واحدًا، وهو المنصوص، هكذا حكاه مجلي.

ثم كيفية القبول له والإيجاب كما ذكرناه في الوكيل[١].

فرع: لو كان الصغير ممسوحًا، حكى الرافعي عن الشيخ أبي محمد: أنه خرّج جواز إنكاحه على وجهين.

قال: «**وإن كان مجنونًا**»، [أي: كبيرًا][٢]، **فإن كان يفيق في وقت لم يزوج إلا بإذنه**؛ لأن له حالة استئذان، فلا يجوز تفويتها عليه؛ كالعاقل، وفي قول الشيخ: «لم يزوج [إلا بإذنه»، فائدتان:

إحداهما: عدم ثبوت الولاية عليه في التزويج.

والثانية: أنه لو أذن، ثم جُنَّ قبل التزويج - بطل الإذن؛ فلا يزوج][٣] إلا بإذن جديد؛ لأن الإذن يبطل بالجنون كما تقدّم في الوكالة، وقد صرح بذلك صاحب «التهذيب»، وحكى في «الذخائر» وجهين آخرين:

أحدهما: أنه يزوجه وليه عند الحاجة في زمن جنونه وفي زمن إفاقته بغير إذنه، ويجعل كالمُطْبِق.

والثاني: إن كان زمن إفاقته أقل زوَّجه، وإن كان أكثر لم يزوجه.

ثم على هذا: لو كانا متساويين فمنهم من يقول: يجوز[٤]، ومنهم من يقول: لا.

قال: **وإن كان لا يفيق** - أي: وقد بلغ مجنونًا - **وهو محتاج إلى النكاح - زوَّجه الأب أو الجد، أو الحاكم** - أي: عند عدمهما - وجوبًا عليهم عند مسيس الحاجة؛ لأن [في][٥] ذلك رعاية لمصلحته، وحفظًا لدينه، وهل يحتاج الحاكم إلى مشورة الأقارب؟ فيه وجهان حكاهما البغوي.

وقيل: لا يزوجه إلا الحاكم؛ كما في البنت البالغة المجنونة، حكاه مجلي.

ثم الحاجة تقع من وجهين:

أحدهما: أن تظهر رغبته في النساء؛ بأن يحوم حولهن، ويتعلق بهن، وما أشبه ذلك.

والثاني: أن يحتاج إلى امرأة تتعهَّدُه وتخدمه، ولا يوجد في محارمه من تقوم

---

(١) في ب، د: التوكيل.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في د.
(٤) في س: يزوج.
(٥) سقط في د.

بهذا الشغل، وتكون مؤنة النكاح أخفّ من مؤنة شراء أمة ومؤنتها، كذا حكاه البغوي وآخرون.

قال الرافعي: ولك أن تقول: إذا لم يجب على الزوجة خدمة الزوج وتعهُّدُه، فكيف تزوج منه بهذا الغرض؟! وربما تمتنع [المرأة][(١)] وإن تَخَلفَ، ولا تفى إن وعدت، وربما يلتحق بالوجهين ما إذا تُوُقِّعَ شفاؤه.

أمَّا إذا بلغ عاقلاً ثم جُنّ، فهل يزوجه الأب أو الجد، أو الحاكم؟ ينبنى[(٢)] على عود الولاية إلى الأب، إن قلنا: تعود، زوجه الأب أو الجد، وإلا زوّجه الحاكم، كذا حكاه مجلي والمتولي.

وأمَّا المجنون الصغير ففي وجهٍ: يُزَوَّج منه كما يزوج من البالغ، وعلى هذا فلا يتولاه [إلا][(٣)] الأب والجد، والمذهب الظاهر منع التزويج منه؛ لأنه لا حاجة إليه في الحال، وبعد البلوغ لا يُدْرَى كيف يكون الأمر، بخلاف الصغير العاقل؛ فإن الظاهر حاجته إلى النكاح بعد البلوغ، ولا مجال لحاجة التعهد والخدمة؛ فإن الأجنبيات يجوز أن يقدمْنَ [على خدمته][(٤)]، وفي «الذخائر» طريقان آخران:

أحدهما: ذكر وجهين.

والثاني: أنه يجوز قولاً واحدًا.

ومتى جاز التزويج من المجنون فلا يُزَوَّجُ إلا امرأةً واحدة.

قال: وإن كان سفيهًا - أي: محجورًا عليه - وهو محتاج إلى النكاح، زوجه الأب أو الجد، أو الحاكم، كما سبق في المجنون، وهذا إذا بلغ سفيهًا، أمَّا إذا بلغ رشيدًا، ثم أُعيد الحجر عليه - فأمر نكاحه متعلق بالسلطان.

وذكر أبو الفرج الزَّازُ فيما إذا بلغ سفيهًا هل يزوجه الأب والجد أو السلطان- وجهين.

وأطلق ابن كجٍّ: أنه يزوجه الحاكم، وأنه إن جعله في حجر إنسان زوجه الذي في حجره.

وقال الإمام: إن فوض إلى القيِّم التزويج زوج[(٥)]، وإلا فلا.

وهل يعتبر إذن السفيه؟ قال العراقيون: لا يعتبر عند ظهور حاجته، كما في شراء الطعام له.

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: ينبغي.
(٣) سقط في ب.
(٤) في س: عليه.
(٥) في س: زوجه.

وقال الخراسانيون: الصحيح أنه يعتبر؛ لأنه حرٌّ مكلف، والعبد لا يملك السيد إجباره على الصحيح، فكيف الحر المكلف؟! قاله المتولي.

ومعنى الحاجة: أن تكون به شهوة أو يحتاج إلى من يخدمه، ولم توجد ذات رحم محرم، وكانت [مؤنة](١) الزوجة أخف من ثمن جارية ومؤنتها، وقد تقدّم السؤال على ذلك.

قال المتولي والبغوي: ولا نكتفي بقوله: إنه محتاج، حتى يعرف ذلك بطبعه؛ لأنه قد يريد [به] (٢) إفساد المال.

واكتفى الإمام والغزالي بقوله؛ لأنه أعرف بدواعيه.

ولو لم يكن به حاجة لم يزوج للمصلحة، وروى(٣) الإمام وجهًا: أنه يجوز التزويج منه بالمصلحة كالصبي؛ لأن العاقل لا يبعد أن تحنِّكه التجارب، بخلاف المجنون.

وهل يزوج بأكثر من [امرأة](٤) واحدة؟ فيه طريقان:

أحدهما: أنه لا يجوز قولاً واحدًا، وهو ما حكاه صاحب «التهذيب» و[«التتمة»](٥).

والثاني - قال في «الذخائر»: وهو الصحيح-: أنه على قولين كالصبي، والله أعلم.

قال: «**فإن أذنوا له، فعقد بنفسه جاز**»؛ لأنه مكلف صحيح العبارة، والنكاح غير مقصود بالحجر عليه، وإنما منع من التزويج [بغير الإذن](٦) صيانة لماله؛ لأنه يفتقر إلى مُؤَن مالية، فلا يؤمن الإسهاب(٧) فيها، فإذا أذن له الولى(٨) زال المانع، كالعبد إذا أذن له السيد، وفيه وجه: أنَّه لا يجوز كالصبي.

وعلى المذهب فلا بد أن يُعيّن له امرأة بعينها، أو نوعًا بأن يقول: تزوج من بني فلان، أو إحدى بنات زيدٍ، أو يقدر المهر.

وفي «الحلية» للشاشي حكاية وجهٍ: أن تعيين المرأة لا بدّ منه(٩)، فلو أطلق الإذن فطريقان:

---

(١) سقط في ب.
(٢) سقط في د.
(٣) في س: وحكى.
(٤) سقط في ب، د.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في س.
(٧) في د: الانتهاب.
(٨) في س: المولى.
(٩) في س: منها.

أحدهما: القطع بأنه يلغو.

والطريق الثاني: أن فيه وجهين، أصحهما - وبه قال ابن القطان-: أنه يكفي، ولا حاجة إلى التقييد؛ كما لو أذن السيد لعبده في النكاح، فإنه يكفي الإطلاق.

وفرق القائل الأول بينه وبين العبد: أن الشريفة تمتنع من نكاح[(١)] العبد؛ فيؤمن المحذور، وهو كثرة المهر، بخلاف السفيه.

فرع: لو قال: انكِح من شئت بما شئت، قال بعضهم: إنه يبطل الإذن؛ لأنه رفع [للحجر][(٢)] بالكلية، وإذا عين له امرأة لم يجز له نكاح غيرها، ولْينكحها بمهر مثلها أو دونه، فإن[(٣)] زاد ففيه كلام يأتي في كتاب الصداق.

وفيه وجه: أنه يجوز [له] [(٤)] أن ينكح غيرها بمهر مثل المعينة أو دونه، إذا جوّزنا الإذن[(٥)] المطلق.

ولو قال: أنكِح [واحدة][(٦)] من بنى فلان، كان له أن ينكح واحدة منهن بمهر المثل.

ولو قدّر المهر، فقال: أنكح بألفٍ، ولم يعين امرأةً، فنكح امرأة بألفٍ، وهو مهر مثلها أو أقل - صح بالمسمّى[(٧)]، وإن كان أكثر صح بمهر المثل، وسقطت الزيادة.

وإن نكح بألفين: فإن كان مهر مثلها أكثر من ألف لم يصح النكاح، وإن كان ألفًا أو أقل صح على المذهب بمهر المثل، وسقطت الزيادة.

ولو قال: تزوج بألف ولا تزد، فنكح بألفين - قال مجلي: حكى الغزالي عن أبي المعالي: أنه لا يصح النكاح، وقال الغزالي: هذا لا يخلو عن إشكالٍ.

ولو جمع بين تعيين المرأة وتقدير المهر، فقال: أنكِح فلانة بألفٍ-: فإن كان مهر مثلها دون الألف فالإذن باطل، وإن كان ألفًا: فإن نكحها بألف أو بأقل صح النكاح بالمسمى، وإن زاد صح على المذهب بمهر المثل، وسقطت الزيادة، وإن كان مهر مثلها أكثر من ألف: فإن نكح بألف صح المسمّى، وإن زاد لم يصح النكاح، قاله في «التهذيب».

ولو أطلق الإذن، وجوزناه، فتزوج بأكثر من مهر المثل - صح النكاح، وسقطت الزيادة.

وإذا تزوج بمهر المثل أو أقلّ صح بالمسمّى[(٨)]. نعم، لو نكح شريفة يستغرق

---

(١) في س: زواج.
(٢) في س: الحجر عليه.
(٣) في د: وإن.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: بالإذن.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: المسمى.
(٨) في س: المسمى.

مهرها ماله فوجهان، اختيار الإمام منهما: المنع، وأنه لا يصح نكاحه إلا إذا وافق المصلحة.

فروع:

إذا التمس السفيه النكاح مع ظهور أمارة الحاجة إن اعتبرناه، أو دونه إن لم نعتبره - فعلى الولي الإجابة كشراء الطعام والشراب.

قال مجلي: وقد ذكر الغزالي أنه نقل عن الشافعي - رضي الله عنه - أنه قال[١]: «إذا دعا للنكاح لا يزوجه الولي»، ثم قال: «وهذا محمول على ما إذا كان الولي غير الأب والجد»، [أي][٢]: من وصى أو قيم، ثم قال: وهذا فيه نظرٌ؛ لأن الولاية على السفيه - إذا بلغ سفيهًا - تكون للأب والجد والوصى من جهتهما، [والحاكم][٣]، وكل واحد من هؤلاء إذا ثبتت ولايته، له التزويج، لا نعلم فيه خلافًا على المذهب؛ فالوجه - إن صح النقل - حمله على ما إذا لم يكن به حاجة إلى النكاح، وعلى المذهب لو امتنع من تزويجه]، فتزوج بنفسه - أطلق الأصحاب فيه وجهين: أصحهما عند المتولي: أنه لا يصح، واستدرك الإمام وتابعه الغزالي فقالا: إذا امتنع فيراجع السلطان، فإن خفت الحاجة وتعذرت مراجعة السلطان، فحينئذ في استقلال السفيه الوجهان، ولو تزوج من غير مراجعة الولي لم يصح.

وقال الجيلي: [على الأصح][٤]. وذلك يدل على ذكر خلاف فيه، ولم أره في غيره.

فلو دخل بها فلا حدّ، ولا يجب المهر على الأصح، سواء كانت عالمة أو لم تكن؛ لأنها مفرِّطة بعدم البحث؛ كمن باع من مفلس[٥].

---

(١) سقط في ب، س.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) قوله: ولو تزوج السفيه من غير مراجعة الولي، لم يصح، وقال الجيلي: على الأصح: وذلك يدل على ذكر خلاف فيه، ولم أره في غيره.
فلو دخل بها فلا حد، ولا يجب المهر - على الأصح - سواء كانت عالمة أو لم تكن؛ لأنها مُفرِّطة بعدم البحث؛ كمن باع من مفلس. انتهى كلامه.
فيه أمران:
أحدهما: أن ما أطلقه من عدم وجوب المهر، قد أطلقه أيضًا الرافعي، والنووي في الروضة، ومحله إذا كانت المرأة رشيدة، فإن كانت سفيهة - أيضًا - وجب؛ لأن رضاها بذلك لاغ، كذا نبه عليه النووي =

وقيل: يجب؛ لأنه أتلف البضع.

قال مجلي: والوجهان مبنيان [على القولين فيما إذا أذن الراهن للمرتهن في وطء الجارية المرهونة، فوطئ][(١)] على ظن الحلّ.

قال المتولي: هما مبنيان على العبد إذا نكح بغير إذن سيده ووطئ، وفيه[(٢)] قولان: فإن قلنا: يتعلق برقبة العبد، فقد جعلناه جنايةً؛ فيلزم في مال السفيه، وإن قلنا: يتعلق بذمة العبد، فالمذهب: أنه لا يلزمه شيء؛ لأنّا جعلناه دَيْنًا بالرضا، ودين الرضا لا يثبت في حقّ السفيه.

فإن قلنا: لا يجب المهر في الحال، قال مجلي[(٣)]: «فهل يجب إذا فك الحجر عنه؟ فيه وجهان، فإن قلنا: يجب، فماذا[(٤)] يجب»؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجب مهر المثل.

والثاني: يجب أقل ما يستباح به البضع؛ ليقع التمييز بينه وبين السفاح، قاله في «التهذيب».

وقال مجلي بدل هذا الوجه: [يجب][(٥)] أقل ما يُتموَّل في العادة.

[قال الغزالي: وفيه إشكال، ولكن أقرب ضابط: [ما له نفع][(٦)] محسوس في العادة][(٧)]، ولا يعد مشتريه سفيهًا.

ووجه إشكاله: أن الحبة الواحدة لا تتمول في العادة، ولا يصح إفرادها بالعقد، ويعد مشتريها سفيهًا، ولكن لو أتلفها متلف ضمنها، على المشهور من المذهب.

ولو اشترى صخرةً على رأس جبلٍ، أو جرّة من ماء على بحر -صح العقد، وإن كان سفيهًا.

هذا آخر كلامه، وما قاله من أنه لو أتلفها متلف ضمنها على المشهور، غير مسلَّم؛ فإن المشهور: أنه لا يضمنها.

= في «فتاويه»، وهو ظاهر؛ يؤيده ما إذا اشترى السفيه من سفيه آخر، وقبض المبيع وأتلفه، فإن الضمان يجب عليه، ومثله: لو كانت رشيدة، لكن وطئها نائمة، أو مجنونة، أو مكرهة.

وقد نبه عليه المصنف في نظير المسألة، وهو ما إذا تزوج العبد بغير إذن سيده، ووطئ، وحكى خلافًا فيما إذا كانت أمة؛ لأن الحق لغيرها، ويتجه جريانه هنا.

الأمر الثاني: أن تعبيره في آخر كلامه بالمفلس غلط، فإن البائع من المفلس يجب له عليه الثمن بلا نزاع، واختلفوا في مزاحمته للغرماء. والصواب: أن يعبر بقوله من سفيه .[أ و].

(١) سقط في د. (٢) في ب، د: ففيه. (٣) في س: المتولي.

(٤) في س: فما. (٥) سقط في ب، وفي د: لا يجب.

(٦) في س: ما يقع. (٧) سقط في د.

ولو أقرّ السفيه بالنكاح لم يقبل؛ لأنه ليس ممن [يباشر](١) بنفسه، قاله البغوي.

وهذا يشكل بإقرار المرأة، وما فيه من التفصيل والخلاف، وسنذكره إن شاء الله تعالى.

قال: وإن [كان يكثر](٢) **الطلاق سُرى بجاريةٍ**، هكذا يوجد في أكثر النسخ، وحكى النووي: أن الذي ضبطه عن نسخة المصنف: [سُرِّى جاريةً، وهو الصواب، وأنه ضبط عن نسخةٍ للمصنف] (٣): كثير الطلاق(٤)، وأن ما ذكرناه مع ما ذكره صحيحان.

و«سُرِّي»: بضم السين، وهي مشتقة مِمَّاذا؟ سيأتي الكلام فيه(٥) في كتاب الأيمان.

وإنما قلنا: إنه يُسَرَّى جاريةً؛ لأنه أصلح له؛ إذ لا ينفذ إعتاقه، فلو تبرم بها(٦) أبدلت [له](٧). قاله(٨) الرافعي في كتاب الحجر.

ومعنى كثرة الطلاق: أن يزوجه ثلاث نسوةٍ على التدريج فيطلقهن، كذا حكاه القاضي الحسين في «التعليق» في باب ما يجوز للوصى أن يفعله في مال اليتيم من كتاب الوصية.

وحكى البندنيجي وصاحب «البحر» في هذا الموضع ما يخالف ذلك:

أمَّا البندنيجي فإنه قال: إذا زوجه واحدة فطلقها(٩)، ثم أخرى فطلقها - سرَّاه جاريةً.

وأمَّا صاحب «البحر» فإنه حكى وجهين:

أحدهما: أن يطلق ثلاث مرات.

والثاني: أن يطلق مرتين.

فإن أراد بذلك نفس الطلاق كان مخالفًا لما قالاه، وإن أراد به المطلقات، فهو راجع إلى ما حكيناه، والله أعلم.

قال: «**وإن كان [عبدًا]** (١٠) **صغيرًا زوجه المولى**»؛ لأنه ليس أهلاً للتصرف فقام(١١) مقامه، كما يقوم مقام ولده الصغير.

وقيل: فيه قولان؛ كالبائع، وهذا ما رجحه(١٢) النووي، وحكم المجنون حكم

---

(١) سقط في س.
(٢) في ب: أكثر.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: للطلاق.
(٥) في س: عليه.
(٦) في س: منها.
(٧) سقط في س.
(٨) في د: قال.
(٩) في د: وطلقهما.
(١٠) سقط في د.
(١١) في د: فلا يقام.
(١٢) في س: صححه.

الصغير، ذكره المتولي والبغوي.

فرع: لو كان للمرأة عبد صغير، فأذنت في تزويجه، فيزوجه[١] من يزوجها، أو من أذنت له [في التزويج] [٢]؟ فيه وجهان منقولان في «الذخائر».

قال: «**وإن كان كبيرًا تزوج بإذن المولى**» أي: سواء كان المولى رجلاً أو امرأة، مسلمًا أو كافرًا، على ما حكاه الإمام؛ لقوله - ﷺ -: «أَيُّمَا مَمْلُوكٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلاَهُ فَنِكَاحُهُ بَاطِلٌ»[٣]، ويروى: «فَهُوَ عَاهِرٌ» [٤]، قال الترمذي: وهو حسنٌ.

و«المولى» ينظم: الرجل والمرأة، والمسلم والكافر؛ فدّل الحديث بمنطوقه على عدم الصحة عند عدم الإذن، وبمفهومه على الصحة عند وجود الإذن.

[و][٥] لأن عبارته صحيحة، وإنما الغرض تحصيل رضا السيد؛ لأن حقوق النكاح تتعلق بمنفعته ورقبته، ومنفعته ملك للسيد[٦]؛ ولذلك يصح إذن المرأة لعبدها في التزويج، وإن لم يكن لها عبارة في النكاح.

وقيل: إذا كان لامرأة لا يصح نكاحه إلا بإذن وليها.

ويجوز أن يكون الإذن مقيّدًا [بامرأة][٧] بعينها، أو بواحدة من القبيلة أو[٨] البلد، ويجوز أن يكون مطلقًا، وإذا قيد فعدل العبد عن النكاح المأذون فيه لم يصح.

وحكى الحناطي وجهًا: أنّه لو كان قد نصّ على المهر، فنكح غير المعينة بذلك المهر أو أقل - صحّ النكاح.

وهذا الوجه مثل الوجه[٩] المحكى عن ابن كجّ في الإذن للسفيه، وقد تقدم، وإذا أطلق الإذن فله نكاح حّرة أو أمة في تلك البلد أو غيرها، لكن للسيد منعه

---

(١) في د: فزوجه.
(٢) سقط في س.
(٣) أخرجه أبو داود (١/ ٦٣٣) كتاب النكاح، باب: في نكاح العبد بغير إذن مواليه، حديث (٢٠٧٩) من طريق عبد الله بن عمر العمري، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ ... به.
ولفظه: إذا نكح العبد بغير إذن مولاه فنكاحه باطل، قال أبو داود: هذا الحديث ضعيف، وهو موقوف، وهو قول ابن عمر رضي الله عنهما.
(٤) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٢٨)، كتاب النكاح، باب: في نكاح العبد بغير إذن سيده (٢٠٧٨)، والترمذي (٣/ ٤١٩) كتاب النكاح، باب: ما جاء في نكاح العبد بغير إذن سيده (١١١١)، والحاكم في المستدرك (٢/ ١٩٤) وصححه.
(٥) سقط في د.
(٦) في د: السيد.
(٧) سقط في د.
(٨) في س: و.
(٩) سقط في ب.

من الخروج إلى تلك البلد.

فرعان:

أحدهما: لو رجع عن الإذن، ولم يعلم العبد به حتى نكح فهو على الخلاف في عزل الوكيل.

الثاني: لو طلق العبد [بعد] (١) ما نكح بإذن السّيد، لم ينكح أخرى إلا بإذنٍ جديد، ولو نكح نكاحًا فاسدًا فهل له أن ينكح أخرى؟ فيه خلاف مبني على أن الإذن [هل](٢) يتناول الفاسد أم [لا، و](٣) يختص بالصحيح؟ وهذا أصل سيأتي في الصداق(٤) إن شاء الله تعالى.

قال: **وهل للمولى** - أي: الموافق له في الدين - **أن يجبره على النكاح؟ فيه قولان**(٥):

أحدهما -وهو القديم-: نعم؛ لأنه مملوك له يملك بيعه وإجارته، فملك تزويجه بغير رضاه كالأمة.

والجديد: المنع؛ لأنه يملك رفع النكاح بالطلاق، فكيف يجبر على ما يملك رفعه؟!

وأيضًا: فإن النكاح يُلزِم ذمّة العبد مالاً فلا يجبر عليه كالكتابة، ويخالف الأمة؛ فإنه يملك منفعة بضعها، فيورد(٦) العقد على ما يملكه، وهاهنا [مُسْتَمْتَعُهُ](٧) ليس ملكًا له.

أمّا إذا كان العبد مسلمًا والمولى كافرًا، فهل له إجباره؛ إذا رأينا للمسلم إجبار العبد [المسلم](٨)؟ فيه الوجهان الآتي ذكرهما فيما لو كان السيد مسلمًا، وله أمة كافرة، هل يملك تزويجها على ما حكاه الإمام؟

ومعنى الإجبار: أن يقبل لعبده البالغ النكاح بغير إذنه، أو يكرهه على القبول، ويصح؛ لأنه غير مبطل [في الإكراه](٩)، قاله في «التهذيب»، وقال في «التتمة»: قبوله بالقهر لا يصح.

فرع: حيث قلنا: للسيد إجبار العبد، فلو أقر على العبد بالنكاح قبل منه، كما

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في ب، د.
(٤) في س: كتاب الطلاق.
(٥) زاد في التنبيه: أصحهما: أنه ليس له إجباره.
(٦) في د: فورد.
(٧) سقط في س.
(٨) سقط في س.
(٩) في س: بالإكراه.

في [حق][(١)] ابنته، قاله المتولي والبغوي.

قال: «وإن[(٢)] **طلب العبد النكاح، فهل يجبر المولى عليه؟ فيه قولان:**»

أصحهما: أنّه لا يجبر؛ لأنه يشوِّش عليه مقاصد الملك وفوائده، فلا يجبر عليه كنكاح الأمة.

والثاني: يجبر على إنكاحه[(٣)]؛ لأنه مكلف دَعَا إلى نكاحه لحاجته، فكان على وليه إنكاحه كالمحجور عليه بالسفه، ولأن المنع من ذلك يوقعه في الفجور.

فعلى هذا: الحكمُ فيما إذا امتنع السيد كالحكم في السفيه إذا دعا إلى النكاح وامتنع الولي، وحكى الوزير ابن هبيرة في كتابه الذي حكى فيه ما أجمع عليه الأئمة الأربعة، وما اختلفوا [فيه][(٤)]: أن على قول الإجبار يجبر على أن يزوجه أو يبيعه. وهو حسنٌ.

وقد بنى بعضهم الخلاف في وجوب إجبار [السيد على الخلاف في وجوب إجبار][(٥)] العبد: إن أجبر العبد لم تجب الإجابة، وإلَّا وجبت، [وعكس ذلك أبو الفرج السرخسي فقال: إن أوجبنا على السيد الإجابة إذا طلب العبد لم يجبر العبد، وإلا أُجبر كالأمة.

وأشار بعضهم إلى تخصيص الخلاف في وجوب الإجابة على السيد، [بقولنا: إن السيد][(٦)] لا يجبر عبده على النكاح، أمَّا إذا أجبره فيبعد أن يقال: إن العبد أيضًا يجبر السيد.

قال الرافعي: والأصح ترك البناء من الطرفين.

وحكم المدبَّر والمعلق عتقه بصفةٍ حكم القن، ومن بعضه حرٌّ وبعضه رقيق لا يجبر على النكاح، ولا يستقل به، وهل يجاب إذا طلب؟ فيه الخلاف المذكور في القن. والمكاتب لا يستقل بالنكاح، ولا يجبره السيد، لخروجه عن تصرفه، [ولو نكح بإذن السيد فطريقان:

أحدهما: أنّه على الخلاف في تبرعاته بإذن السيد.

وأصحهما: القطع بالصحة، وهو ما حكاه الشيخ في باب[(٧)] الكتابة؛ لأن حقوق النكاح وإن تعلقت بكسبه فلها عوض ينتفع به؛ فصار كالطعام يشتريه

---

(١) سقط في س.
(٢) زاد في التنبيه: فإن.
(٣) في د: نكاحه.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في س.
(٧) في ب، س: كتاب.

فيأكله]، وعلى هذا: فلو طلب من السيد، فوجوب الإجابة مخرَّج على الخلاف في القن، وأولى بأن يجب؛ لأنه لا يتضرر بنكاحه[(١)]؛ لانقطاع حقه عن أكسابه في الحال، والعبد المشترك هل لسيده إجباره؟ وهل على سيده إجابته؟ فيه الخلاف المذكور في الطرفين.

ولو دعاه أحدهما إلى النكاح، وامتنع الآخر والعبد، فلا إجبار، ولو طلب أحدهما مع العبد وامتنع الآخر، فمن قال: يجبر - إذا كان كاملاً له - فهاهنا أولى، ومن قال: لا يجبر، ثمَّ، فهاهنا وجهان كالمكاتب.

هكذا ذكره صاحب «العُدَّة»، وحكاه ابن الصباغ عن الشيخ أبي حامدٍ، ثم قال: وهذا بعيد؛ لأنه يملك نصفه ملكًا تامًّا، بخلاف المكاتب، وأيضًا يبطل بمن[(٢)] نصفه حرٌّ إذا طلب النكاح؛ فإن الحرية فيه أكثر من موافقة الآخر.

فرع: عبد الصبي والمجنون والسفيه [لا][(٣)] يجبره وليه، وفيه وجه: أنه يجوز؛ لأن المصلحة قد تقتضيه، ولو طلب العبد التزويج فحكمه مع الولي كالحكم مع السيد.

واعلم أن من جملة المحجور عليهم المفلس، ونكاحه صحيح؛ لأنه ليس عليه في النكاح حجرٌ، ولكن لا تعطى الزوجةُ مُؤَنَ النكاح مما في يده؛ لأن حقّ الغرماء قد تعلق به فصار كالمرهون في يد المرتهن، وإنما لم يذكره الشيخ؛ لأنه تكلم [هاهنا][(٤)] في المحجور عليه الذي [لا][(٥)] يستقل بالنكاح، لا في مطلق[(٦)] المحجور عليهم، وبهذا يقع الجواب عمن عداه من المحجور عليهم، [والله أعلم][(٧)].

فصل: ومن جاز لها النكاح من النساء، فإن كانت لا تحتاج [إليه][(٨)] كره لها أن تتزوج؛ لما ذكرناه في حق الرجل؛ لأنها تتقيد بالزوج، وتشتغل عن العبادة.

قال: «**وإن كانت محتاجه إليه» - استحب لها أن تتزوج**؛ لما ذكرنا من حيث إن فيه تحصين الدين، وصيانة [الفرج][(٩)]، والترفُّه عن النفقة وغيرها.

قال: «**وإن كانت حرَّةً» - أي: وهي مكلفة - ودعت إلى كفءٍ - وجب على**

(١) في د: نكاحه.
(٢) في س: من.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في د.
(٦) في د: نفس.
(٧) سقط في س.
(٨) في التنبيه: إلى نكاحٍ.
(٩) في ب، د: للفرج.

الولي تزويجها، أي: سواء كانت بكرًا أو ثيبًا، بمهر المثل أو[(١)] دونه؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢]، والعضل هو المنع، وهو يزول بالتزويج، ولقوله ﷺ لعلي - كرم الله وجهه-: «ثَلَاثٌ لَا تُؤَخِّرْهَا: الصَّلَاة إِذَا دَخَلَ وَقْتُهَا، وَالْجِنَازَة إِذَا حَضَرَتْ، وَالأَيِّم إِذَا وَجَدَتْ كُفْئًا»[(٢)]، وفيه وجه: أنها إذا كانت بكرًا لا يجب على الولي الإجابة، ولا يأثم بالامتناع؛ لأن الغرض يحصل بتزويج السلطان، ولأنها [مجبرة][(٣)] من جهة الأب والجد، فكيف [نجبرهما][(٤)] [على النكاح][(٥)]؟! هكذا حكاه الرافعي، وحكاه الجيلي على الإطلاق من غير فرق بين البكر والثيب.

فرعان:

أحدهما: البكر إذا عيَّنت كفئًا، وأراد الأب تزويجها من كفءٍ آخر - فأظهر الوجهين: أنه لا يجب تزويجها ممن عينته، وهو ما حكاه في «التهذيب»، وفي كلام الشيخ إشارة إليه حيث قال: «وجب[(٦)] على الولي تزويجها»، [ولم يقل: تزويجها][(٧)] منه.

الثاني: لو التمست[(٨)] الصغيرة التزويج في أوان إمكان الشهوة، ففي وجوبه وجهان.

قال: «**وإن كانت بكرًا جاز للأب والجد تزويجها**» أي: من كفءٍ **بغير إذنها**، صغيرة كانت أو كبيرة، بمهر المثل؛ لما روى أنه ﷺ قال: «الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا، وَالْبِكْرُ يُزَوِّجُهَا أَبُوهَا»[(٩)]، والبكر هي العذراء الباقية على حالتها الأولى، وصاحبة

---

(١) في د: و.

(٢) أخرجه أحمد (١/ ١٠٥)، والترمذي(٢/ ٣٧٣) أبواب الجنائز- باب: ما جاء في تعجيل الجنازة، حديث (١٠٧٥)، والحاكم (٢/ ١٧٦) كتاب النكاح، والبيهقي في السنن الكبرى(٧/ ١٣٢) كتاب النكاح، باب: اعتبار الكفاءة، من طرق عن سعيد بن عبد الله الجهني،عن محمد بن عمر بن علي بن أبي طالب،عن أبيه،عن جده : أن رسول الله ﷺ قال ......فذكره.
قال الترمذي: هذا حديث غريب، وما أرى إسناده بمتصل.

(٣) في ب: تجبره. (٤) في س: تجبره، وفي د: تجبرها.

(٥) سقط في س، وفي ب: عن النكاح.

(٦) في س: ووجب. (٧) سقط في س. (٨) في د: ألفت.

(٩) أخرجه الدارقطني(٣/ ٢٣٩) كتاب النكاح، من حديث ابن عباس رضي الله عنه ولكنه قال: «يستأمرها» بدل: «يزوجها» ولفظه: الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأمرها أبوها في =

البكارة، والجمع: أبكار، والمصدر: البَكَارة، بالفتح.

ثم ما ذكرناه فيما إذا لم يكن بين الأب وبينها عداوة ظاهرة، أمَّا إذا كانت فقد قال ابن كجّ في كتابه: ليس له إجبارها على النكاح.

هكذا نقله الحناطي عن ابن المرزبان، ثم قال: ويحتمل جوازه.

وحكى الحناطي فيه وجهين(١).

وحكى قولاً: أن الجد لا يجبر البكر البالغة كالأخ.

ووجه ظاهر المذهب: أنَّ له ولاية [عصوبة](٢)؛ فأشبه الأب، وأيضًا: فإنه كالأب في ولاية المال، ووجوب النفقة، وحصول العتق؛ فكذلك هاهنا.

فروع:

إذا طلب(٣) البكرَ كفئان أحدهما(٤) أكفأ، فهل [يجوز](٥) له تزويجها من الآخر؟ الذي حكاه الإمام في أوائل كتاب الصداق: أنه لو زوجها منه صحّ، وهذا يدل على جوازه.

إذا طلب(٦) البكرَ كفء غلب على الظن أن تزويجها منه موافق لأقصى

= نفسها. وحكى البيهقي في السنن الكبرى(٧/ ١١٥) عن الشافعي أن ابن عيينة زاد: والبكر يزوجها أبوها.

قال الحافظ في التلخيص(٣/ ٣٤٩):«قال الدارقطني: لا نعلم أحدا وافقه على ذلك، وهو في مسلم بألفاظ منها: الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأذنها أبوها في نفسها»اهـ.

وقال أبو داود(١/ ٦٣٨) حديث(٢٠٩٩) بعد أن أخرجه بلفظ: والبكر يستأمرها أبوها، و«أبوها» غير محفوظ هو من قول سفيان بن عيينة.

(١) قوله: أما إذا كان بين البكر وبين أبيها عداوة، فقال ابن كج في كتابه: ليس له إجبارها على النكاح، هكذا نقله الحناطي عن ابن المرزبان، ثم قال: ويحتمل جوازه.
وحكى الحناطي فيه وجهين. انتهى كلامه.
وما ذكره من حكاية الحناطي للوجهين غلط، فإن المصنف اعتمد على الرافعي في النقل المتقدم جميعه؛ فإنه مذكور فيه بلفظه، وليس فيه حكاية هذين الوجهين عن الحناطي، وأيضًا فإنه -أعني: المصنف- لم يقف على كتاب ابن كج ولا كتاب الحناطي.
وأيضًا فإن قول الحناطي: يحتمل جوازه مناف لنقله للوجهين، وبالجملة فالوجهان ذكرهما الجيلي، شارح «التنبيه»، فانتقل ذهن المصنف منه إلى الحناطي، أو سبق قلمه أو تُحرِّف عليه في النقل من مسودته.
واعلم: أن الماوردي قد جزم في الحاوي بما حاصله جواز الإجبار، وتبعه عليه الروياني في البحر، وبه يحصل الوجهان في المسألة، فاعلمه؛ فإن كلام الرافعي يقتضي أنه لم يظفر فيه بخلاف. [أ و].

(٢) في س: وعصوبة. (٣) في د: طلبت. (٤) في د: وأحدهما.

(٥) سقط في ب. (٦) في د: طلبت.

الغِبْطة، [فهل يجب؟][1] قال الإمام في كتاب الصداق: لا يبعد أن يجب، ولا يبعد [ألا يجب][2] إن رأى الأب تأخير التزويج لتعلُّقه بالجِبِلَّة، ولكن الأظهر فيه الإعفاف والاتباع. إذا أقرّ الأب أو الجد بالنكاح حيث يملك الإجبار، فإقراره مقبول؛ لقدرته على الإنشاء.

وحكى أبو عبد الله الحناطي وجهًا: أنه لا يقبل حتى تساعده البالغة، وهذا بعيدٌ؛ فإن [من][3] القواعد المطردة المنعكسة على ما حكاه الإمام في كتاب الإقرار، وفي باب ما على الأولياء، من كتاب النكاح-: «أنَّ مَنْ قدر على الإنشاء، قدر على الإقرار، ومن لا فلا»، ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا مسائل:

إحداها: الوكيل بالبيع وقبض الثمن إذا أقرّ بذلك، وكذَّبه الموكِّل - لا يقبل قول الوكيل، وإن كان قادرًا على الإنشاء.

الثانية: إذا أقرّ الزوج بالرجعة في زمن العدة، لا يقبل منه على وجهٍ، وإن كان قادرًا على الإنشاء.

الثالثة: الشخص يقر على نفسه بالرق فيقبل، ولا يقدر على أن يرق نفسه، قالها الإمام في كتاب الإقرار.

الرابعة - قالها أيضًا فيه-: العبد المأذون إذا أقرّ بعد الحجر عليه يقبل على وجهٍ، وإن لم يقدر على الإنشاء.

الخامسة:[4] المرأة إذا أقرت بالنكاح، وصدقها الزوج - قبل منها على الجديد، وإن كانت لا تملك الإنشاء، وعلى القديم: يقبل إذا كانا غريبين، وإلا فيطالبان بالبينة.

ثم حيث تكلمنا[5] في هذا الفرع فلنتعرض لما قاله الأصحاب فيه؛ تفريعًا على الجديد، فنقول: هل يكفى إطلاق الإقرار أم لا بد من التفصيل كما في الدعوى على رأي؟ فيه وجهان، والأصح: الثاني.

ثم إذا كذبها الولي فهل يعمل بإقرارها؟ فيه وجهان:][6].

أحدهما - ويحكى عن القفال-: لا.

وأظهرهما - وبه أجاب [الشيخ في «المهذب»][7] وابن الحداد والشيخ أبو عليٍّ-: نعم.

ويعضده ما قاله الإمام في [آخر] [8] «النهاية» فيما إذا [حلف الأب][9] على

---

(١) سقط في س.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في ب.
(٤) سقط في س.
(٥) في د: تكلما.
(٦) سقط في س.
(٧) سقط في س.
(٨) سقط في د.
(٩) في د: حلفت الأم.

عدم التزويج [بعد الدعوى(١) عليه](٢): أنها إذا أقرّت قُبِل إقرارها على الصحيح.

وعن القاضي الحسين [الفرق](٣) بين العفيفة والفاسقة(٤).

ويجرى هذا الخلاف فيما إذا عينت شهودًا وكذبوها.

وعلى الأول: لو كان الأب غائبًا حين الإقرار لم ينتظر حضوره، بل تسلم للزوج(٥) في الحال للضرورة، فإن عاد وكذب فيحال بينهما، أو يستدام ما سبق؟ فيه وجهان: [فرجح](٦) في «الوسيط» الأول، و[رجح](٧) غيره الثاني، وإذا فرعنا على القديم، فأقرّا في الغربة، ثم رجعا إلى الوطن، فهل يحال بينهما؟ فيه هذا الخلاف.

فرع: على القول(٨) بقبول إقرارها وإن كذبها الولى، إذا(٩) أقرّ الولي المجبر لشخص، وأقرّت هي لآخر؟ فالمقبول [إقراره أو](١٠) إقرارها؟

حكى [أبو العباس](١١) العبادي فيه وجهين عن الحليمي عن القفال الشاشي والأودي.

وحكى الإمام قبل كتاب الصداق بست في ضمن فرع [أوله](١٢): «إذا زوج الرجل إحدى بنتيه [ومات](١٣)...» - ترددًا ظاهرًا عن الأصحاب في قبول إقرار البكر، ومعها من يجبرها.

قال: ويظهر في وجه القياس ألاّ يقبل إقرارها، ومن أصحابنا من قال: يقبل إقرارها إذا استقلت بالنكاح، وفي تفريع هذا عُسْرٌ؛ فإنها(١٤) لو أقرّت بأنها زوجة فلانٍ، [و](١٥) أقرّ الأب بأنه زوّجها من غيره، فإذا فرعنا على قبول إقرارها فكيف نقول؟! وما الوجه؟! يجوز(١٦) أن يقال: الحكم للإقرار السابق، ويجوز أن يحكم ببطلان الإقرارين إذا اجتمعا، ولو رددنا إقرارها، لتخلصنا من هذا الخبط؛ فتحصلنا على أربعة احتمالات.

قال: والمستحب أن يستأذنها إن كانت بالغة، وإذنها السكوت؛ لقوله ﷺ: «وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ(١٧) فِي نَفْسِهَا، وَإِذْنُهَا](١٨) صُمَاتُهَا»(١٩)، ولا يجعل إذنًا فيما يرجع إلى

---

(١) في د: القرعة.
(٢) سقط في ب.
(٣) سقط في ب.
(٤) في س: التاجرة.
(٥) في د: إلى الزوج.
(٦) في س، د: ورجح.
(٧) سقط في س.
(٨) في س: القولين.
(٩) في س: أو.
(١٠) سقط في س.
(١١) سقط في س.
(١٢) سقط في ب.
(١٣) سقط في ب.
(١٤) في س: لأنها.
(١٥) سقط في د.
(١٦) في س: بجواز.
(١٧) في ب، د: تستأمن.
(١٨) سقط في د.

=

التزويج بدون مهر المثل، وهل يصح العقد به إذا كان الزوج غير كفء؟ قال ابن يونس: لا يصح.

وحكى المتولي فيه وجهين، وأن[1] الصحيح من المذهب: الصحة؛ للحديث.

وإن زوجها غير الأب والجد فلا بدّ من رضاها وإذنها بعد البلوغ [؛ لقوله -عليه السلام-: «لا تَنْكِحُوا الْيَتَامَى حَتَّى تَسْتَأْمِرُوهُنَّ»[2]، والأمر إنما يكون بعد البلوغ،][3] وهل يشترط صريح النطق، أم نكتفي[4] بالسكوت؟ فيه وجهان:

أصحهما: أنه يكفي السكوت؛ للحديث [السابق][5]، [و][6] جعله الإمام أظهر على ما حكاه[7] في باب الإحصان من كتاب النكاح[8].

وفيه وجهٌ: أنه لا حاجة إلى الاستئذان، بل لو جرى التزويج بين يديها ولم تنكر [كان ذلك][9] رضًا، كما إذا جرى [فِعْلٌ][10] بين يدى النبي ﷺ ولم ينكره، وإذا اكتفينا بالسكوت فيحصل الغرض، ضحكت أو بكت، إلا إذا بكت مع الصياح وضرب الخد؛ فلا يكون ذلك رضًا.

فرع: لو قالت: وكلته بتزويجي.

قال الرافعي: فالذين لقيناهم من الأئمة لا يعتدون به إذنًا؛ لأن توكيل المرأة في النكاح باطل، ويجوز أن يعتد به إذنًا؛ لما ذكرنا في باب الوكالة: أنها إذا

= (١٩) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٣٧)، كتاب النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت (٦٦/ ١٤٢١) من حديث ابن عباس رضي الله عنه.

(١) في س: فإن.

(٢) أخرجه الدار قطني (٣/ ٢٩٨-٢٩٩) كتاب النكاح، حديث (٣٥)، والحاكم (٢/ ١٦٧)، كتاب النكاح: باب لا تنكحوا النساء حتى تستأمروهن، والبيهقي (٧/ ١٢١) كتاب النكاح: باب ما جاء في نكاح اليتيمة، من حديث ابن أبي ذئب عن عمر بن حسين عن نافع عن ابن عمر: أنه تزوج بنت خاله عثمان بن مظعون قال فذهبت أمها إلى رسول الله ﷺ فقالت إن ابنتي تكره ذلك فأمره النبي ﷺ أن يفارقها ففارقها وقال: لا تنكحوا اليتامى حتى تستأمروهن فإذا سكتت فهو إذنها. قال الدارقطني: ورواه الوليد بن مسلم وصدقه بن عبد الله عن ابن أبي ذئب عن نافع مختصرًا مرسلًا، وابن أبي ذئب لم يسمعه من نافع، وإنما رواه عن عمر ابن حسين عنه.
قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ووافقه الذهبي، وسئل أحمد عن هذا الحديث فقال: باطل.

(٣) سقط في س.
(٤) في د: يكتفى.
(٥) سقط في ب، د.
(٦) سقط في د.
(٧) في س: ذكره.
(٨) في س: الخلع.
(٩) في س: ذلك كان.
(١٠) سقط في س.

فسدت فالأصح أنه ينفذ التصرف بحكم الإذن[(١)].

قال: وإن كانت ثيِّبًا» [أي][(٢)] عاقلةً] [(٣)] لم يجز لأحد تزويجها إلا بإذنها بعد البلوغ، [وإذنها بالنطق؛ لقوله - ﷺ-: «الثَّيِّبُ تُسْتَنْطَقُ»[(٤)]، ولا استنطاق إلا بعد البلوغ][(٥)] بالإجماع.

ولا فرق بين أن تحصل الثيابة بوطءٍ حلال أو بوطء شبهة أو بزنى.

---

(١) قوله: فرع: لو قالت: وكلته بتزويجي.
قال الرافعي: فالذين لقيناهم من الأئمة لا يعتدون به إذنًا؛ لأن توكيل المرأة في النكاح باطل، ويجوز أن يعتد به إذنًا، لما ذكرنا في الوكالة أنها إذا فسدت، فالأصح أنه ينفذ التصرف بحكم الإذن. انتهى كلامه.
البحث الذي ذكره في آخره هو من تتمة كلام الرافعي، ومتابعة المصنف عليه تشعر بعدم وقوفه على نقل يوافق ذلك، وهو عجيب، فقد نص الشافعي على المسألة وصرح بحصول الإذن به، كذا نقله عنه صاحب البيان. وأعجب من ذلك أن النووي قد صرح به أيضًا في الروضة، فقال: هذا عجيب من الإمام الرافعي. والمسألة منصوصة للشافعي.
قال صاحب البيان: يجوز للمرأة أن تأذن لوليها غير المجبر بلفظ الإذن، ويجوز بلفظ الوكالة، نص عليه الشافعي -رضي الله عنه - لأن المعنى فيهما واحد، فهذا هو الصواب نقلًا ودليلًا.
هذا كلام الروضة، وصرح بالمسألة -أيضًا- البغوي في فتاويه، وجزم بالبطلان على وفق ما يقتضيه نقل الرافعي، فقال: «إذا جاء رجل إلى القاضي، وقال: إن فلانة قد أذنت لك في تزويجها مني، واعتمد القاضي على كلامه، جاز له تزويجها منه، فإن اتهمه، لم يجز، ولو قال: وكلتك، فلا يصح منها التوكيل». هذه عبارته، والصواب الأول. [أ و].

(٢) في التنبيه: فإن كانت. (٣) سقط في س.

(٤) أخرجه أحمد (٤/ ١٩٢)، وابن ماجه (١/ ٦٠٢) كتاب النكاح، باب: استئمار البكر والثيب حديث (١٨٧٢)، والبيهقي (٧/ ١٢٣) كتاب النكاح، باب: إذن البكر الصمت، وإذن الثيب الكلام، من حديث عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين، عن عدى بن عدى الكندى، عن أبيه، عن رسول الله ﷺ قال: «والثيب تعرب عن نفسها، والبكر رضاها صمتها».
وهذا سند ضعيف؛ لانقطاعه، عدى بن عدى عن أبيه منقطع، قال ابن أبي حاتم في الجرح والتعديل (٧/ ٣) عن أبيه قال: عدى بن عدى بن عميرة الكندى أبو فروة، ولأبيه صحبة، روى عن أبيه مرسلا، لم يسمع من أبيه.
وقال الحافظ البوصيرى في الزوائد (٢/ ٧٨): هذا إسناد رجاله ثقات، إلا أنه منقطع، عدى لم يسمع من أبيه عدى بن عميرة، يدخل بينهما العرس بن عميرة قاله أبو حاتم وغيره، وقال المزى: رواه يحيي بن أيوب المصرى، عن ابن أبي حسين، عن عدى بن عدى، عن أبيه، عن العرس رجل من أصحاب النبي ﷺ... اهـ.
والذي ذكره المزى رحمه الله:
أخرجه البيهقي (٧/ ١٢٣) كتاب النكاح، باب: إذن البكر الصمت، وإذن الثيب الكلام، من طريق عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين... به.

(٥) سقط في س.

وفي «شرح مختصر» الجويني: أن أبا إسحاق حكى عن القديم: أن المصابة بالفجور حكمها حكم الأبكار، واختاره.

ولو زالت البكارة بالسقطة أو الإصبع، أو حدّة الطمث، أو [طول][1] التعنيس - فظاهر المذهب: أنها كالأبكار، وعن ابن خيران وابن أبي هريرة: أنها كالثيب.

وحكى عن القاضي أبي حامد سماعًا: أن التي وطئت مجنونةً [أو مكرهة] أو نائمة حكمها حكم الأبكار؛ [لبقاء الحياء، وهذا خلاف ظاهر المذهب.

وفي المصابة في غير المَأْتَى وجهان، أصحهما: أن حكمها حكم الأبكار][2].

فرع: لو ذكرت المرأة للولى أنّها ثيبٌ قبل قولها، فإن لم يُعْلم لها زوج فهل يسألها عن سبب الثيوبة؟ قال الماوردي: لا يسألها.

وقال الشاشي: عندى أنه يسألها: هل وُطِئت أم لا؟ فإن ذكرت أنها وطئت فاتهمها[3] حلّفها.

قال مجلي: والذي اختاره الشاشي إنما يجيء على قولنا: [لا تأثير][4] لذهاب البكارة بغير الوطء.

قال: «وإن[5] **كانت مجنونة: فإن كانت صغيرة جاز للأب والجد تزويجها**»؛ لأن الجنون إذا انضم إلى [الصِّغَر تأكدت][6] الولاية، وهي ليس لها حال تستأذن فيه، ولهما ولاية الإجبار على الجملة؛ فاقتضت المصلحة تزويجها.

وقال بعض الخراسانيين: لا [تزوّج][7] الثيب الصغيرة المجنونة[8].

وقال بعض البصريين: لا تزوج الصغيرة المجنونة، [و][9] حيث تزوج فلا يشترط في حقها وجود الحاجة؛ بل يكفى ظهور المصلحة.

قال الإمام: اتفق عليه الأصحاب، بخلاف المجنون؛ لأن النكاح يفيدها المهر والنفقة، ويغرم المجنون، ولا خلاف أنه لا يزوجها غير الأب والجد.

قال: «**وإن كانت كبيرة**» - أي: المجنونة - **جاز للأب والجد**[10]؛ لما سبق، **وللحاكم** - أي: عند عدمهما- مع وجود القريب؛ لأن له الولاية العامة، ويرجى

---

(١) سقط في س.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: واتهمها، وفي س: وكذبها.
(٤) في د: لا بأس.
(٥) في التنبيه: فإن.
(٦) في ب، د: الصغير يؤكد.
(٧) في س: يتزوج.
(٨) في س: والمجنونة.
(٩) سقط في د.
(١٠) في التنبيه: للأب والجد والحاكم.

أن يكون شفاؤها فيه، مع تضمنه مصلحة المهر والنفقة، وثبوت الولاية على مالها، وبهذا فارق باقي[(١)] العصبات، وفارق ما لو[(٢)] كانت صغيرة.

وإذا زوج الحاكم راجع أقاربها، وهذه المراجعة، واجبة أو مستحبة؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنها واجبة، فعلى هذا: لا يراجع إلا من تكون له الولاية عليها لو[(٣)] كانت عاقلة؛ قاله المتولي، فإن شاورهم فلم يشيروا بشيء استقل الحاكم[(٤)]، وهذا الوجه استضعفه الإمام، وذكر في «التهذيب» أنّه الأصح.

وإذا قلنا: إنها مستحبة، شاور عصباتها، فإن لم تكن شاور أقاربها؛ كالأخ والعم من الأم والخال، قاله المتولي.

وقيل: يزوجها القريب من الأخ والعم؛ لأن النسيب أشفق وأولى من الحاكم، فعلى هذا لا ينفرد القريب، ولكنه يحتاج إلى مراجعة الحاكم؛ فيقوم إذن الحاكم مقام إذنها، فإن امتنع القريب زوج الحاكمُ كما في العضل.

ثم الحاكم أو القريب إنما يزوج عند ظهور الحاجة، وذلك بأن تَبِين مَخَايِلُ الشهوة، أو يشير أرباب الطب بأن في تزويجها توقع الشفاء، ويكون[(٥)] إذ ذاك واجبًا عليه.

وقال ابن الصباغ: لا يزوجها الحاكم إلا إذا قال أهل الطب: إن شفاءها في ذلك، فلو انتفى ذلك، وأراد التزويج لكفاية النفقة أو لمصلحة أخرى، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يجوز؛ كما أن [الأب يزوج بمجرد المصلحة.

وأصحهما: المنع؛ لأن تزويجها يقع إجبارًا، وغير][(٦)] الأب والجد لا يملك الإجبار، وإنما يصار إليه للحاجة النازلة منزلة الضرورة.

وإذا جمعت ما ذكرناه واختصرت قلت: في تفسير الحاجة ثلاثة أوجه:

أحدها: توقع الشفاء ليس إلا.

الثاني: ذلك، أو تبين مخايل الشهوة.

الثالث: ذلك، أو كفاية النفقة.

ثم هذا كله فيما إذا بلغت مجنونة، فلو[(٧)] بلغت عاقلة ثم جُنَّت فهل يزوجها الأب [و][(٨)] الجد؟

---

(١) في س: في.
(٢) في س: إذا.
(٣) في د: أو.
(٤) في س: بالحكم.
(٥) في س: فيكون.
(٦) سقط في د.
(٧) في س: أما إذا.
(٨) في س: أو.

قال مجلي - [وهو في «الوسيط»][(١)]-: فيه وجهان مرتبان على قولنا: إن ولاية المال لا تعود:

منهم من قال: لا تعود ولاية النكاح كولاية المال.

ومنهم من قال: [إنها][(٢)] تعود، وهو الأظهر؛ لأنهما كاملا الشفقةِ فكانا أولى من غيرهما.

وقال في «التتمة»: يزوجها الأب بلا خلاف، ولكن إذا قلنا بعدم ولاية المال، فهل ينفرد أو يحتاج إلى إذن السلطان؟ فيه وجهان[(٣)].

فرع: قال في «التهذيب»: لو كانت تجن يومًا وتفيق يومًا، لا تزوج حتى تفيق وتأذن، [وتبقى على الإفاقة حتى يفرغ الولي من التزويج.

وقيل: هو كالجنون المُطْبِق][(٤)] حتى لو زوجها في يوم جنونها جاز.

قلت: وينبغي أن [يجيء][(٥)] فيه[(٦)] ما حكيناه في الرجل.

قال: وإن كانت أمة وأراد المولى[(٧)] - أي: المطلق [التصرف - **تزويجها**][(٨)] **بغير إذنها جاز**، أي: سواء كانت كبيرة أو صغيرة، بكرًا كانت أو ثيبًا، مجنونةً كانت أو عاقلة، قِنّةً أو مدبَّرةً أو معلقًا عِتْقُها على صفةٍ؛ لأن النكاح يَرِدُ على منافع البضع، وهي مملوكة [له][(٩)]، وبهذا [فارق][(١٠)] العبد.

وأيضًا: فإنه ينتفع بنكاح الأمة باكتساب المهر والنفقة.

---

(١) سقط في س. (٢) سقط في ب، د.

(٣) قوله: «فلو بلغت عاقلة ثم جنت، فهل يزوجها الأب والجد؟»
قال مجلي: وهو في الوسيط: «فيه وجهان مرتبان على قولنا: إن ولاية المال لا تعود.
ثم قال: وقال في «التتمة»: يزوجها الأب بلا خلاف، ولكن إذا قلنا بعدم ولاية المال، فهل تنفرد أو يحتاج إلى إذن السلطان؟ فيه وجهان». انتهى كلامه.
وهذا النقل عن «التتمة» غلط؛ فإنه لم يجعل الوجهين مفرعين على عدم ولاية المال؛ كما نقله عن المصنف، بل جعل الوجهين مفرعين على الوجهين، فقال في فصل بيان الأولياء في المسألة السادسة منه ما نصه: (فأما إذا بلغت عاقلة ثم جنت، فتزويجها إلى الأب بلا خلاف، ولكن هل تنفرد به أم لا؟ فعلى وجهين بناء على أصل، وهو أن الولاية في مالها إلى من تعود؟ فيه وجهان:
أحدهما: إلى الأب، فعلى هذا ينفرد الأب بتزويجها؛ كما لو بلغت مجنونة.
والثاني: أن الولاية في مالها تكون للسلطان، فعلى هذا، الأب، يزوجها بإذن السلطان. هذا كلامه. [أ و].

(٤) سقط في ب، د. (٥) سقط في ب، د. (٦) في د: فيها.

(٧) زاد في س: تزويجها. (٨) سقط في س. (٩) سقط في س.

(١٠) في س: فارقت.

فإن قيل: إذا قلتم: إن السيد يزوج بحكم الولاية، فكيف يزوج الثيب بغير إذنها، وولاية الأب أقوى الولايات، وهو لا [يملك تزويج][1] الثيب بدون الإذن؟

فالجواب: أن ولاية المال أقوى؛ بدليل أنه يزوج مع [حضور][2] الأب، والأب لمَّا كانت ولايته أقوى من ولاية غيره انفرد بتزويج البكر بغير إذنها؛ فكذلك [ولاية][3] السيد لما كانت[4] أقوى ظهر له مزية على الأب، حتى يجبر البنت دون غيره، كذا أشار إليه المتولي.

قال: **وإن دعت [المولى][5] إلى تزويجها، [لم يلزمه تزويجها][6]**؛ لأنه يشوِّش عليه مقاصد الملك، وينقص قيمتها.

قال: **وقيل: إن كانت محرمة عليه** - أي: تحريمًا مؤبدًا - **لزمه تزويجها**؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾ [النور: ٣٢]، ولأنها لا تتوقع منه قضاء الشهوة؛ فلا بد من [إعفافها][7]، وهذا هو الأصح في «المعاياة»[8] للجرجاني، وحكى في «الوسيط» الوجهين من غير تقييد بكونها محرمة عليه.

والمعتق بعضها [لا يجب تزويجها][9]، [قاله][10] مجلي[11].

وقال ابن الصباغ: يحتمل أن يخرج [على الوجهين][12] فيما إذا كانت محرمة عليه.

فرع: إذا كان لعبده[13] المأذون [له][14] في التجارة أمة:

إن لم يكن عليه دين جاز للسيد تزويجها بغير إذن العبد على أصح الوجهين.

والثاني: لا، إلا أن يأذن [العبد][15]، أو يعيد السيد الحجر عليه.

وإن كان عليه دين: فإن زوجها بإذن العبد والغرماء صحّ، وإن زوجها بإذن العبد دون الغرماء أو بالعكس لم يصح، على أصح الوجهين.

---

(١) في س: يزوج.
(٢) في س: حصول.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في ب، د.
(٥) سقط في س.
(٦) في التنبيه: لم يلزم المولى.
(٧) في س: إعتاقها.
(٨) في س: المعاماة.
(٩) سقط في س.
(١٠) في س: قال.
(١١) زاد في س: لا يجب تزويجها.
(١٢) سقط في س.
(١٣) في س: للعبد.
(١٤) سقط في ب، د.
(١٥) سقط في س.

قال: «وإن كانت مكاتبة لم يجز للمولى تزويجها بغير إذنها» ؛ لأنها كالخارجة عن ملكه.

وقيل: لا تزوج أصلاً؛ لأن ملك المولى مُخْتَلٌّ، وهي غير مالكة لأمرها.

قال: وإن دعت هي إلى تزويجها ؛ فقد قيل: «يجب» ؛ لأنها تنتفع بذلك، وتستعين به في أداء مال الكتابة.

وقيل: «لا يجب» ؛ لأنها ربما عَجَّزت نَفْسَها، فتعود إليه ناقصة، والأول أصح، ورجح النووي مقابله، وقد ذكر الشيخ -رضي الله عنه- [حكم][1] تزويج الموقوفة وأم الولد في موضعه، [وذلك يغنى عن الإعادة][2].

فصل: ولا يصح النكاح إلا بولى ذكر ، أي: ليس بخنثى مشكل؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢]، نزلت في شأن معقل بن يسارٍ حين حلف ألاّ يزوج أخته من مطلِقها، فلو كانت تستقل [بعقد النكاح][3] لما نهى عن عضلها، ولقوله - عليه السلام-: «لا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ مُرْشِدٍ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ»[4] ، وقوله: «لَا تُنْكِحُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ وَلَا نَفْسَهَا؛ إِنَّمَا الزَّانِيَةُ هِيَ الَّتِي تُنْكِحُ نَفْسَهَا»[5] .

---

(١) سقط في س. (٢) سقط في س. (٣) في س: بالنكاح.

(٤) أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٢١، ٢٢٢) كتاب النكاح، حديث (١١)، والبيهقي (٧/ ١٢٤) كتاب النكاح، باب: لا نكاح إلا بولى مرشد، كلاهما من طريق عدى بن الفضل عن عبيد الله بن عثمان بن حثيم، عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا نكاح إلا بولى وشاهدي عدل، وأيما امرأة أنكحها ولى مسخوط عليه، فنكاحها باطل».
قال الدارقطني: رفعه عدى بن الفضل ولم يرفعه غيره.
وقال البيهقي: كذا رواه عدى بن الفضل وهو ضعيف، والصحيح موقوف.
وللحديث طريق آخر عن ابن عباس:
أخرجه الطبراني في الكبير (١١/ ١٥٥) رقم (١١٣٤٣) من طريق الربيع بن بدر: ثنا النهاس بن قهم عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس مرفوعًا بلفظ: «لا يكون نكاح إلا بولى وشاهدين ومهر ما كان قل أم كثر». وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/ ١٢٧) وقال: رواه الطبراني في الكبير ورواه في الأوسط، فقال: قال رسول الله ﷺ: «البغايا التي يزوجن أنفسهن، لا يجوز نكاح إلا بولى وشاهدين ومهر ما قل أو كثر» وفي إسنادهما الربيع بن بدر وهو متروك.
وفي الباب عن جماعة من الصحابة وكله لا تخلو من مقال، وهم: عائشة، وعمران بن حصين، وأبو هريرة، وجابر، وابن عمر، وعلي بن أبي طالب رضي الله عنه.

(٥) أخرجه ابن ماجه(٣/ ٣٢٨-٣٢٩) كتاب النكاح: باب لا نكاح إلا بولي، حديث(١٨٨٢)، والدارقطني(٣/ ٢٢٦) كتاب النكاح، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ١١٠) كتاب النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

وقال أبو ثور: إن عقدت بإذن الولي صحّ.

وحجتنا[(١)] عليه: ما تقدم.

ولو رفع النكاح بلا ولى إلى حاكم يرى صحته، فحكم به - لم يُنقض حكمه فيه، خلافًا للإصطخري، ولو طلق ثلاثًا لم يقع طلاقه، ولا يحتاج إلى المحلِّل، خلافًا لأبي إسحاق.

قال في «الحلية»: كان الشيخ أبو نصرٍ يعلل ذلك بأن الزوج عقد النكاح على رأى من التزم مذهبه فيه، فأوجب عليه حكم اعتقاده، وهو وقوع الطلاق، وهذا فيه نظر؛ فإن الزوج قد لا يعرف مذهبًا، وهل للولى أن يزوجها قبل تفريق القاضي بينهما؟ فيه وجهان، اختيار القفال الشاشي منهما: المنع، وهو تخريج ابن سريج.

[فروع][(٢)]:

[إذا زال إشكال الخنثى، فهل يملك التزويج؟ قال في «البحر»: ينظر: إن زال بقوله: أنا أميل إلى النساء، فلا؛ لأنه وإن قُبِلَ في حق نفسه حتى يتزوج امرأة لا يقبل على غيره.

وإن زال الإشكال بأمارات لا يرتاب فيها، فله الولاية][(٣)(٤)].

نكاح رسول الله - ﷺ - هل كان ينعقد بغير ولى وشهود؟ [فيه][(٥)] وجهان:

أصحهما في «البحر»: نعم؛ لأن اعتبار الولي لأجل الكفاءة، وهو أكفأ الناس، واعتبار الشهود خشية الجحود، وهو مأمون منه، ﷺ.

---

(١) في د: ورجحنا. (٢) في س، د: فرع. (٣) سقط في س.

(٤) قوله: ولا يصح نكاح المرأة إلا بولي ذكر، أي: ليس خنثى [مشكل].

ثم قال: فروع: إذا زال إشكال الخنثى، هل يملك التزويج؟

قال في البحر: ينظر إن زال بقوله: أنا أميل إلى النساء، فلا؛ لأنه وإن قبل في حق نفسه حتى يتزوج امرأة لا يقبل على غيره.

وإن زال الإشكال بأمارات لا يرتاب فيها، فله الولاية. انتهى كلامه.

وما نقله عن الروياني في «البحر»؛ من عدم القبول إذا زال الإشكال بقوله: أنا أميل، غلط، ليس له ذكر في البحر، بل فيه الجزم بعكس ذلك، فقال في الكلام عن إخباره بالميل، وهل يقبل فيما يتهم من الولاية والميراث؟ قولان:

أحدهما: لا يقبل؛ لتهمته فيه.

والمشهور في أكثر كتبه: أنه يقبل؛ لأن الأحكام لا تتبعض. هذه عبارته، ذكر ذلك في أبواب النكاح قبيل باب الاختيار. [أ و].

(٥) سقط في س.

[الثاني][(١)] حكى في «**الذخائر**»: أن المرأة إذا لم يكن لها ولي، وكانت في موضع لا حاكم فيه - ففيه[(٢)] وجهان:

أحدهما: تزوج نفسها؛ للضرورة.

والثاني: يرد أمرها على رجل يزوجها.

[وفي «البحر»: حكاية وجه: أنها تصبر إلى أن تجد وليًّا كما لو فقدت الشهود][(٣)].

قال الشاشي: وكان الشيخ أبو إسحاق - يعني الشيرازى - يختار في مثل هذا أن يحكِّم فقيهًا من أهل الاجتهاد في ذلك؛ بناءً على التحكيم في النكاح، وقد كان شيخنا يرى ذلك ويفتى به.

وقال الشيخ أبو المعالي الجويني: هذا البناء لا يصح؛ لأن هناك جعلاه حكما فيما يتنازعان فيه من أمر النكاح وغيره، فيصير النظر إليه فيما حكاه فيه خاصة، وهذه ولاية ممن لا يستحقها؛ فافترقا[(٤)].

قال: «وإن كانت أمة زوَّجها السيد»؛ لما سبق، وهل ذلك بالملك أو بالولاية؟

---

(١) سقط في د، وفي س: فرع.
(٢) في س: فيه.
(٣) سقط في ب.
(٤) قوله: حكى في الذخائر: أن المرأة إذا لم يكن لها ولي، وكانت في موضع لا حاكم فيه - ففيه وجهان:
أحدهما: تزوج نفسها للضرورة.
والثاني: ترد أمرها إلى رجل يزوجها.
وفي البحر حكاية وجه: أنها تصبر إلى أن تجد وليًّا؛ كما لو فقدت الشهود.
قال الشاشي: وكان الشيخ أبو إسحاق - يعني: الشيرازي - يختار في مثل هذا أن يحكِّم فقيهًا من أهل الاجتهاد في ذلك، بناء على التحكيم في النكاح، وقد كان شيخنا يرى ذلك، ويفتي به.
وقال الشيخ أبو المعالي الجويني: هذا البناء لا يصح؛ لأن هناك جعلاه حكمًا فيه خاصة، وهذه ولاية ممن لا يستحقها، فافترقا. انتهى كلامه.
واعلم: أن أبا المعالي الجويني هو إمام الحرمين، وليس ما نقله عنه مذكورًا في النهاية بالكلية، وراجعت أيضًا كلام الشاشي في المعتمد، وفي الحلية أيضًا، فلم أر ذلك مذكورًا فيهما.
نعم: هذا الكلام بعينه رأيته مذكورًا في الذخائر للقاضي مجلي عقب كلام الشاشي، وكتبه صاحب الذخائر أبو المعالي أيضًا، فذكر في بعضها: قال الشيخ، أيده الله تعالى، كما وقع ذلك في التنبيه في بعض المواضع، ويراد به مصنف الكتاب، وفي بعضها قال الشيخ أبو المعالي فوقف عليه المصنف، فتوهم أن المراد بأبي المعالي هو إمام الحرمين، فصرح به مغترًّا بالجويني هنا، وفي شرح الوسيط: فوقع في الغلط .[أ و].

فيه وجهان؟ أظهرهما: أنه بالملك، وعليه فروع ستأتي.

فرع: لا يزوج السيد أمة مكاتبه، ولا يزوجها المكاتب بغير إذن السيد، فإن توافقا، فقولان؛ كما في تبرعاته.

وقال في «التتمة»: المكاتب يزوجها إن قلنا: إنه تصرُّفٌ بالملك، وإن قلنا بالولاية فلا؛ لأن الرق يمنع الولاية.

قال: إن[(١)] **كانت لامرأة** - أي رشيدة - **زوَّجها من يزوج المرأة**؛ لأن المرأة ليست من أهل الولاية على البُضْع كما [قررنا][(٢)] في حقّ نفسها؛ فكان التزويج إلى وليها لنفسها.

ونقل الإمام عن صاحب «التلخيص»: أنه لا يزوجها إلا السلطان؛ لأن من عداه من الأولياء ليس بينه وبينها سبب ولا نسب، وحكاه في البسيط[(٣)] أيضًا، ثم قال: و[هذا][(٤)] غلَّطه كل الأصحاب، وإن كان ما قاله لا يخلو عن احتمالٍ ظاهرٍ.

[ثم][(٥)] قال الرافعي: وهذا غير مشهور عنه، ولا مذكور في «التلخيص»، وإنما المذكور والمشهور: أن معتقة المرأة يزوجها السلطان.

وقيل: لابد من اجتماع الحاكم والولى، حكاه ابن يونس، والله أعلم.

قال: «**بإذنها** - أي: بالنطق - سواء كانت بكرًا أو ثيبًا؛ لأنه تصرف في مالها، فلم يجز من غير إذنها».

قال مجلي: وحكى الغزالي وجهًا: أنه لا يحتاج إلى إذنها في تزويج أمتها، وهو خطأ.

قال: فإن[(٦)] **كانت المرأة**، [أي: السيدة][(٧)]، **غير رشيدة**، أي: لصغر أو جنونٍ[(٨)] أو سفهٍ - **فقد قيل: لا تزوج**، [لفقد إذن][(٩)] السيدة شرعًا، ولا حظ فيه[(١٠)] لها حتى يزوجها الولي؛ لأنه ينقص القيمة، وقد تحبل؛ فتهلك.

قال: **وقيل: يزوجها أبو[(١١)] المرأة أو وجدها[(١٢)]** أي: إذا ظهرت الغبطة؛ لأن لهما ولاية الإجبار في الجملة، ويحصل به اكتساب المهر والنفقة، وتسقط عنها

---

(١) في التنبيه: فإن.
(٢) في س: قررناه.
(٣) في س: الوسيط.
(٤) سقط في ب، د.
(٥) سقط في ب، د.
(٦) في التنبيه: وإن.
(٧) سقط في س.
(٨) في ب: لجنون.
(٩) في س: لفقدان.
(١٠) في ب: فيها.
(١١) في ب، د: أب.
(١٢) في التنبيه: وجدها.

النفقة، وهذا هو الأظهر، واختيار أبي إسحاق.

تنبيه: حكم أمة الصبي والمجنون والسفيه كذلك، وفي بعض الشروح وجه: أن أمة الصبية تزوج، وأمة الصبي لا تزوج؛ لأنه قد يحتاج إليها بعد البلوغ.

فإن جوزنا، قال الإمام: يجوز تزويج [أمة] (١) البنت الصغيرة، وإن [لم] (٢) يجز تزويجها، ويجوز للسلطان تزويج(٣) أمة الصغير إذا ولى ماله.

قال الرافعي: وهذا يوافق وجهًا للأصحاب في أن ولى المال(٤) يزوج أمة الصغير [والمجنون] (٥)، نسيبًا كان أو وصيًّا أو قيّمًا كسائر التصرفات المالية، والأظهر وجه آخر، وهو أن الذي يزوجها ولى النكاح الذي يلى المال، وعلى هذا غير الأب والجد لا يزوجها؛ لأنه لا يزوج الصغيرة والصغير، والأب [والجد](٦) لا يزوج أمة البنت الصغيرة، فإن(٧) كانت مجنونة تزوج، وإن كانت لسفيه فلا بد من إذنه.

فرع: من بعضها حرٌّ وبعضها رقيق، قيل: لا تزوج أصلاً؛ لضعف المالك والولاية؛ بسبب تبعُّض(٨) الرق والحرية، وهذا ما قال القاضي الحسين في كتاب العتق: إنه(٩) ظاهر المذهب.

وقيل: تزوج، وهو الصحيح.

وعلى هذا: فمن يزوجها؟ فيه أربعة أوجه:

أحدها: يزوجها [مالك](١٠) البعض استقلالاً، وهو مفرَّع على أنه لا يورث، وأن ما خلفه يكون لمالك بعضه الرقيق.

والثاني: يوافقه القريب، وهو الأصح، واختيار ابن الحداد؛ بناءً على أنه يورث، فإن عدم القريب فالمعتق، فإن عدم فالسلطان، كما سيأتي.

والثالث: يوافقه معتق البعض؛ لأن القرابة لا يجوز أن تثبت مع بعض الشخص دون بعض؛ فكذلك الولاية المرتبة عليها، والولاء قد ثبت على بعض الشخص؛ فجاز أن تتبعض الولاية الثابتة [به] (١١)، وهذا أظهر عند الإمام.

---

(١) سقط في س.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: أن يزوج.
(٤) زاد في س: هل.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في ب، د.
(٧) في د: وإن.
(٨) في س: تبعيض.
(٩) في د: بأنه.
(١٠) في د: من مَلَك.
(١١) سقط في س.

والرابع: يوافقه السلطان؛ لأن القريب يمنع المعتق من التزويج، كما يحجبه عن الميراث، والسلطان يزوج بالولاية العامة إذا تعذرت الأسباب الخاصة.

فرع: إذا صححنا نكاحها، فأتت بولدٍ: ما حكمه؟ فيه وجهان في «تعليق» القاضي الحسين في كتاب العتق:

أحدهما: أن جميع الولد يكون حرًّا.

والثاني: أن حكمه حكم أمه.

وقد ذكرتهما في [باب][(١)] عتق أم الولد.

قال: «وإن كانت حرّة زوجها عصباتها»؛ لأن الولاية تثبت لدفع العار عن النسب[(٢)]، وهو إلى العصبات.

قال: «وأولاهم[(٣)] الأب؛ لأن من عداه يدلى به، ثم الجد»، [أي][(٤)]: وإن علا؛ لأن له ولادة[(٥)] وعصوبة، فقدم على من ليس له إلا عصوبة، ثم الأخ؛ لأنه يدلى بالأب؛ فكان أقرب، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابن العم.

واعلم أن الترتيب في التزويج كالترتيب في الميراث، إلا في ثلاث مسائل:

إحداها: الأخ والجد يستويان في استحقاق الإرث، وهاهنا يقدم الجد؛ لاختصاصه بولاية المال.

والثانية: الأخ من الأبوين يقدم في الإرث على الأخ من الأب، وهاهنا قولان، كما سيأتي.

والثالثة: الابن في الميراث أولى العصبات، وفي التزويج لا ولاية [له][(٦)] بالبنوة؛ لأنه لا مشاركة بين الابن والأم في النسب؛ فلا يعتنى بدفع العار عن النسب؛ ولهذا لم تثبت الولاية للأخ من الأم.

قال: «ثم المولى» - [أي:][(٧)] إذا كان رجلاً - ثم عصبة المولى - أي: رجلاً كان المولى أو امرأة - ثم مولى المولى، ثم عصبته»، أي: وهكذا على ترتيبهم في الميراث؛ لقوله - عليه السلام-: «الْوَلاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ»[(٨)].

---

(١) سقط في ب. (٢) في د: النسيب. (٣) في التنبيه: وأولاها.
(٤) سقط في س. (٥) في د: ولاية. (٦) سقط في س.
(٧) سقط في س.
(٨) أخرجه محمد بن الحسن الشيباني في «كتاب الولاء» كما في تلخيص الحبير (٤/ ٢١٣)، ومن طريقه الشافعي في «المسند» (٢/ ٧٢) كتاب العتق، باب: المكاتب والولاء، حديث (٢٣٧)، =

أمَّا إذا كان المعتق امرأة فعن صاحب «التلخيص»: أن السلطان يزوجها؛ لأن

= والحاكم (٤/ ٣٤١) كتاب الفرائض، باب: الولاء لحمة كلحمة النسب، والبيهقي (١٠/ ٢٩٢) كتاب الولاء، باب: من أعتق مملوكًا له، كلهم من طريق محمد بن الحسن الشيبانى، عن يعقوب بن إبراهيم، عن عبد الله بن دينار، عن ابن عمر.... به.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد.

وتعقبه الذهبي، فلم يصححه.

وقال أبو بكر بن زياد النيسابورى: هذا الحديث خطأ؛ لأن الثقات لم يروه هكذا، وإنما رواه الحسن مرسلاً .اهـ .

وهذا المرسل أخرجه البيهقي (١٠/ ٢٩٢) كتاب الولاء، باب: من أعتق مملوكًا له.

قال الألباني في الإرواء (٦/ ١١٠)، وإسناد هذا المرسل صحيح، وهو مما يقوى الموصول الذي قبله على ما يقتضيه بحثهم في المرسل من علوم الحديث؛ فإن طريق الموصول غير طريق المرسل ليس فيه راو واحد مما في المرسل، فلا أرى وجهًا لتخطئته بالمرسل بل الوجه أن يقوى أحدهما بالآخر. اهـ.

وللحديث طريق أخرى عن ابن دينار عن ابن عمر.

وقد حولف محمد بن الحسن في هذا الحديث، خالفه بشر بن الوليد، فرواه عن يعقوب ابن إبراهيم عن عبيد الله بن عمر عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر.

أخرجه ابن حبان في صحيحه كما في الجوهر النقى (١٠/ ٢٩٣)، وتوبع بشر على هذه الرواية فقال ابن التركماني: وتابع بشرًا على ذلك محمد بن الحسن، فرواه عن أبي يوسف كذلك.

قال البيهقي في «كتاب المعرفة»: ورواه محمد بن الحسن في «كتاب الولاء» عن أبي يوسف عن عبيد الله بن عمر عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر. اهـ.

ومنه يظهر أن محمد بن الحسن الشيبانى كان يرويه عن عبد الله بن دينار، ومرة يدخل عبيد الله ابن عمر بين يعقوب وعبد الله بن دينار.

وقد تابع بشرًا أيضًا على هذه الرواية عبد الله بن نمير:

أخرجه ابن أبي حاتم في العلل (٢/ ٥٣) ثنا أبو زرعة قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير قال: حدثنى أبي عن عبيد الله بن عمر عبد الله بن دينار عن ابن عمر؛ أن النبي ﷺ قال: «الولاء لا يباع ولا يوهب».

وأخرجه البيهقي (١٠/ ٢٩٣) من طريق الطبراني: ثنا يحيي بن عبد الباقى، ثنا أبو عمير ابن النحاس، ثنا ضمرة عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «الولاء لحمة كلحمة النسب، لا يباع ولا يوهب».

قال الطبراني: لم يرو هذا الحديث عن سفيان إلا ضمرة.

وقال البيهقي: قد رواه إبراهيم بن محمد بن يوسف الفريابي عن ضمرة كما رواه الجماعة: «نهى عن بيع الولاء وعن هبته» فكأن الخطأ وقع من غيره.

وأخرجه ابن عدى في الكامل (٢/ ٢٣٢) من طريق الحسن بن أبي الحسن المؤذن: ثنا ابن أبي فديك، ثنا عبد الله بن عمر عن نافع عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر، أن النبي ﷺ قال: «إنما الولاء نسب لا يصلح بيعه ولا شراؤه».

وقال ابن عدى: منكر الحديث عن الثقات ويقلب الأسانيد - أي الحسن بن أبي الحسن.

وقال: قوله: عن نافع عن عبد الله لا أدرى وهم فيه أو تعمد فأراد تقلب الإسناد، وإنما أراد أن يقول: =

من له الولاء[(١)] ليس له التزويج، فكيف يزوج من يدلى به؟!

والمذهب المشهور: أنه يزوجها في حياة المعتقة من يزوج [المعتقة][(٢)] برضا المعتقة، وفي رضا المعتقة وجهان:

أصحهما: أنه لا حاجة إليه.

والثاني: يشترط، فعلى هذا: لو عُضِلَتْ ناب السلطان عنها في الإذن، والتزويج إلى أوليائها، وفيه وجه حكاه الإمام عن رواية الشيخ أبي علي: أنه يزوجها ابن المعتقة.

وأمَّا بعد موت المعتقة فيزوجها من له الولاء على العتيقة كما ذكرناه، ويقدم الابن على الأب عند الاجتماع، وقيل باستمرار ولاية الأب، [وهو بعيد][(٣)].

فروع:

لو كان المعتق خنثى مشكلاً، قال في «التهذيب» في فصل الخناثى[(٤)]، من [كتاب][(٥)] النكاح: لا تثبت [له][(٦)] ولاية التزويج.

وقال الرافعي: ينبغي أن يزوجها أبوه بإذنه؛ ليكون قد زوجها[(٧)] وكيله بتقدير الذكورة، ووليها بتقدير الأنوثة.

الثاني: لو مات المعتق، وخلف ابنين زوَّجها كل [واحد][(٨)] منهما على الانفراد كما في النسب. حكاه في «الزوائد» عن ابن الحداد.

الثالث: المعتق إذا تزوج بحرّة الأصل، وأتت بابنةٍ - زوَّجها بعد العصبات الحاكم[(٩)].

وقال الأستاذ أبو طاهر[(١٠)]: التزويج إلى موالى الأب، حكاه صاحب «الإشراف».

قال: «ثم الحاكم؛ لقوله - عليه السلام-: «السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لا وَلِيَّ لَهُ»[(١١)].

= عن نافع وعبد الله بن دينار.

وفي الباب من حديث علي بن أبي طالب وعبد الله بن أبي أوفى.

(١) في س: الولاية. (٢) سقط في س. (٣) سقط في س.

(٤) زاد في س: باب. (٥) سقط في س. (٦) سقط في س.

(٧) في س: يزوجها. (٨) سقط في ب، د. (٩) في س: للحاكم.

(١٠) في س: الطاهر.

(١١) أخرجه أحمد (٦/ ٤٧)، وأبو داود(١/ ٦٣٤) كتاب النكاح، باب: في الولي، برقم (٢٠٨٣)، والترمذي(٢/ ٣٩٢) أبواب النكاح، برقم (١١٠٢)، وابن ماجه(٣/ ٣٢٦) كتاب النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، برقم (١٨٧٩)، وابن حبان (٩/ ٣٨٤) برقم (٤٠٧٤)، والحاكم(٢/ ١٨٢) كتاب =

[تنبيه](١): المراد بالحاكم هاهنا: حاكم الموضع الذي [هو](٢) فيه، فلو كانت ببلدٍ، وأذنت لحاكم بلدٍ آخر في تزويجها - لم يصح، قاله الغزالي في [آخر](٣) كتاب الأقضية.

قال: ولا يزوج أحد منهم، وهناك من هو أقرب منه؛ لأنه حقٌّ مستحق(٤) بالتعصيب، فقدم فيه الأقرب فالأقرب؛ كالميراث.

قال: إن(٥) **استوى اثنان في الدرجة، وأحدهما يدلي بجهة والآخر يدلي(٦) بجهتين** أي: كالأخ من الأب والأخ من الأبوين، و(٧) ابني الأخ والعمين، [وابني](٨) العم إذا كان أحدهما من الأب والآخر من الأبوين، وابني(٩) العم إذا كان أحدهما ابنها أو أخاها(١٠) لأمها، وامتنع الإمام من إلحاق الصورتين الأخيرتين بما تقدم.

قال: فالولى [من يدلي بجهتين(١١)](١٢) **في أصح القولين**، وهو الجديد كما في الميراث.

قال: «وفيه قول آخر: أنهما سواء»، وهو القديم؛ لأنه لا مدخل للنساء في ولاية النكاح بحال، فلا يرجح(١٣) بهن؛ كما لو كان لهما عَمَّان أحدهما خال. [ولمن نصر](١٤) الأول أن يقول: ليس كل ما [لا](١٥) يفيد(١٦) لا يرجح؛ ألاَ ترى أن العم من الأبوين [يقدم](١٧) على العم من الأب في الميراث، وإن كان العم من الأم لا يرث أصلاً.

[فروع](١٨) **على الجديد:**

لو كان [لها] ابنا عم أحدهما من الأبوين، والآخر من الأب، لكنه أخوها من

= النكاح، من حديث أم المؤمنين عائشة وفيه: «فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»، والحديث حسنه الترمذي، وصححه ابن حبان، والحاكم.

(١) في س: قلت. (٢) في س: هو. (٣) سقط في س.
(٤) في د: مستحب. (٥) في التنبيه: فإن.
(٦) في التنبيه: يدلي بالأبوين والآخر بالأب.
(٧) في د: أو. (٨) في س: أو ابني. (٩) في د: وابن.
(١٠) في س: أخًا. (١١) في التنبيه: هو الذي يدلي بالأبوين.
(١٢) في س: هو الذي يدلي بالجهتين.
(١٣) في د: يترجح. (١٤) في د: ولم يصر. (١٥) سقط في ب.
(١٦) في س: يفسد. (١٧) في س: تقدم. (١٨) في س: فرع.

الأم - فالثاني أولى؛ لأنه يدلى بالجد [والأم، والأول يدلى بالجد والجدة][١].

ولو كان لها ابنا عمٍّ: أحدهما ابنها، والآخر أخوها من الأم - فالابن أولى؛ لأنه أقرب من الأخ، ولو كان لها ابنا [عَمٍّ][٢] معتِق: أحدهما ابنها، [فيقدم على][٣] الآخر، وبه أجابه ابن الحداد، لكنه ذكر في التفريع: أنه لو أراد المعتق نكاح عتيقته، وله ابن منها وابن من غيرها - يزوجها منه ابنه منها دون ابنه من غيرها، وهذا غلط عند معظم الأصحاب؛ من جهة أن ابن المعِتق لا يزوج المعتَقة في حياة المعتِق؛ لأنه يدلى به؛ كما لا يزوج ابن الأخ مع الأخ؛ فإذن يزوجها منه السلطان.

قال: فإن[٤] **استوى اثنان في الدرجة والإدلاء فالأولى**[٥] **أن يقدم أسنهما وأعلمهما وأفضلهما** - أي: في الديانة؛ لأن الأسن أكثر تجربة، فهو أخير[٦]. والأعلم أعرف بشروط العقد، والأفضل أحرص على طلب الحظ.

واعلم أن تقدير الكلام: فإن استويا [في الدرجة والإدلاء فالأولى أن يقدم أسنهما، فإن استويا][٧] في ذلك قدم أعلمهما، فإن استويا في ذلك قدم أفضلهما.

وقال الرافعي: إذا تعارضت هذه الخصال فيقدم[٨] الأفقه، ثم[٩] الأورع، ثم الأسن.

قال: فإن سبق [أحدهما][١٠] **صحّ [العقد]**[١١]؛ لأن ولايته[١٢] ثابتة، ولو أوجب كل واحد منهما النكاح معًا والخاطب واحد، فأظهر الوجهين الصحة».

قال: فإن[١٣] **تشاحا أُقرع بينهما**؛ لتساويهما في الحق، فإن خرجت القرعة لأحدهما، فزوج الآخر - فقد قيل: يصح، وهو الأصح؛ لأن القرعة لا تسلب الولاية، [وإنما شرعت لقطع المشاجرة، وجعل من خرجت له القرعة [أولى][١٤]، فإذا زوجها غيره، فقد زوجها وليها؛ فوجب أن يصح.

قال: «وقيل: لا يصح[١٥]»؛ لأنّا لو صححنا النكاح لأبطلنا فائدة القرعة. ثم

---

(١) سقط في س.
(٢) سقط في ب.
(٣) في س: قدم.
(٤) في التنبيه: وإن.
(٥) في ب: فأولى.
(٦) في د: أخبر.
(٧) سقط في د.
(٨) في س: قدم.
(٩) في س: و.
(١٠) في التنبيه: الآخر فزوج.
(١١) سقط في التنبيه.
(١٢) في س: ولايتهما.
(١٣) في التنبيه: وإن.
(١٤) سقط في س.
(١٥) في التنبيه: تصح.

هذا الوجه يختص بما إذا أخرجوا القرعة [من أنفسهم][(١)] أم يختص بقرعة يُنشِئها السلطان؟ فيه تردد للإمام، وهذا الخلاف فيما إذا أذنت لكلِ واحد منهما [في التزويج][(٢)]، أمَّا إذا أذنت لأحدهما، فزوَّج الآخر لم يصح قولاً واحدًا.

تنبيه: الإذن للأولياء تارة يكون بأن تقول: أذنت لكل منكم[(٣)] أن يزوجنى من فلان، أو تُطلِق على ما سنذكره، وتارة تقول: [أذنت][(٤)] من فلان، فمن شاء من أَوْليائى زوجنى [منه][(٥)]، ولو قالت: رضيت أن أزوج، أو رضيت بفلانٍ زوجًا - فأحد الوجهين: أنه ليس لأحد تزويجها، وأظهرهما: أنه يكتفي به، ولكل واحدٍ منهم تزويجها كالقسمين الأولين.

وعلى هذا: لو عينت واحدًا هل ينعزل الآخر؟ فيه وجهان: أصحهما في «الحلية»: أنه عَزْلٌ[(٦)].

قال: «ولا يجوز أن يكون الولي عبدًا ولا صغيرًا ولا سفيهًا»، أي: محجورًا عليه بسبب تبذيره؛ لأنه ممنوع من التصرف لنفسه، فكذلك لغيره، وفي السفيه وجهٌ: أنه يلي؛ لأن الحجر عليه للخوف على المال، وقد أمن ذلك في تزويج ابنته.

أمَّا إذا لم يكن السفيه محجورًا عليه، ففي «الحاوي» وجهان: أصحهما على ما حكاه[(٧)] مجلي: أنه لا يكون وليًّا أيضًا.

وقال الرافعي: ينبغي ألا تزول الولاية.

والمحجور عليه بالإفلاس فيه طريقان:

أصحهما: أنه[(٨)] يزوج كالمريض.

والثاني: فيه وجهان، أصحهما: أن له التزويج، قاله مجلي.

قال: «ولا ضعيفًا»: الضعيف -هنا- ضعيف العقل: إمّا لِهرم، أو لِخبل جِبِلِّى أو عارض، وإنما منع[(٩)] الولاية؛ لعجزه عن اختيار الأزواج، وعدم العلم بمواضع الحظ، ويلتحق به من ألهاه السقم والألم الشديد عن النظر ومعرفة المصلحة في منع الولاية، ومع ذلك ينقلها إلى الأبعد.

قال الرافعي: لكن سكون الألم ليس بأبعد من إفاقة المغمى عليه؛ فوجب أن

---

(١) في س: بأنفسهم.
(٢) سقط في ب، د.
(٣) في س: منكما.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: ينعزل.
(٧) في س: ذكره.
(٨) في س: أن.
(٩) في س: يمنع من.

ينتظر حيث ينتظر المغمى عليه، وبتقدير عدم الانتظار يجوز أن يقال: يزوجها السلطان، لا الأبعد[١] كما في صورة الغيبة؛ لأن الأهليّة باقية، وشدة الألم مانعة من النظر كالغيبة.

ثم إذا مُنِعَ من ذكرناه من الولاية عُلم أن المجنون المطبق بذلك أولى، وقد صرح به الأصحاب، وأمَّا المجنون المنقطع ففي سلبه[٢] الولاية وجهان:

أصحهما عند الإمام وابن كجٍّ: أنه سالبٌ، وهو ما حكاه في «البحر» عن القاضي أبي الطيب حيث قال: لو كان يُجنّ يومًا ويفيق يومًا، زوَّج المرأة في يوم جنونه مَنْ دونه.

والثاني- وهو الأصح في «التهذيب»-: أنه غير سالب؛ لأنه يطرأ ويزول فهو كالإغماء؛ فعلى هذا ينتظر حتى يفيق.

وحكى الحناطي وغيره وجهًا: أنه يزوجها الحاكم في حال جنونه[٣] كما في الغيبة، ثم هذا فيما إذا طال زمن إفاقته، أما[٤] لو قصر جدًّا لم يكن حال تقطُّعِ الجنون.

والمغمى عليه بسبب لا يدوم غالبًا: كهيجان المِرَّة[٥] الصفراء أو الصرع، ينتظر إفاقته كالنائم.

وإن كان بسبب يدوم يومًا أو يومين فأكثر[٦]، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه كالمجنون؛ فتنتقل[٧] الولاية إلى الأبعد.

والأظهر: أن الولاية لا تنتقل؛ لأن ذلك قريب الزوال، وعلى هذا ففي «التهذيب» وغيره: أنه ينتظر إفاقته كالنائم.

وقال الإمام: ينبغي أن تعتبر مدة السفر، فإن كانت[٨] مدته مدة[٩] ينتظر فيها مراجعة الولي الغائب ذهابًا وإيابًا[١٠] فينتظر إفاقته، وإن كانت مدة لا يؤخر التزويج فيها لمراجعة الغائب، بل يزوجها السلطان، فكذلك هاهنا، والرجوع في ذلك إلى أهل الخبرة، فإن قالوا: إنه من القسم الثاني، جاز تزويجها في الحال.

والسكران إن حصل سكره بسبب يفسق [به][١١]، وقلنا: إن الفسق غير سالب للولاية، أو كان بسبب لا يفسق به؛ بأن كان مُكرهًا أو غالطًا-: فإن لم ينفذ[١٢]

---

(١) في د: العبد.
(٢) في د: العبد.
(٣) في د: جنونها.
(٤) في ب: أو.
(٥) في ب: المرأة.
(٦) في ب، د: وأكثر.
(٧) في د: فتنقل.
(٨) في د، س: كان.
(٩) في د، س: كان.
(١٠) سقط في د.
(١١) سقط في د.
(١٢) في د: يتعد.

تصرف السكران فهو كالمغمى[١] عليه، وإن جعلنا تصرفه كتصرف الصاحى فمنهم من صحح تزويجه، ومنهم من منع؛ لاختلال[٢] نظره، والظاهر أنه لا يزوج، وأنه ينتظر إفاقته، وبه أجاب في «التهذيب».

ثم الخلاف فيما إذا بقى له تمييزٌ ونظرٌ، أمَّا الطافح[٣] الذي سقط تمييزه بالكلية فكلامه لغو.

قال: «ولا يجوز أن يكون الولي فاسقًا»؛ لقوله - ﷺ-: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ مُرْشِدٍ»[٤]، [و«مرشد» هنا][٥] بمعنى «رشيد»، [و][٦] بالقياس على ولاية المال، [و][٧] لأنه يقدح في الشهادة؛ فمنع[٨] الولاية كالرق.

قال: إلا السيد في الأمة[٩]؛ بناء على أنه يزوج بحكم الملك.

وقال الإمام: إنّه أصح، أمَّا إذا قلنا: يزوج بالولاية، فلا.

قال: «وقيل: إن كان غير الأب والجد» - أي: ولى الحرة - جاز أن يكون فاسقًا[١٠]، والفرق: أنهما مُجْبِران[١١]، فربما وضعاها تحت فاسقٍ مثلهما، وغيرهما يزوِّج بالإذن، فإن[١٢] لم ينظر لها نظرت هي لنفسها، فعلى هذا: إن كانت المرأة ثيّبًا يجوز للأب والجد أيضًا تزويجها؛ لأنهما لا يقدران على الإجبار [فهما][١٣] كغيرهما من الأولياء.

وإذا[١٤] كانت بكرًا قال الإمام: قياس ذلك أن يزوجاها برضاها، ولا يجبراها.

ووراء ما ذكره الشيخ - رضي الله عنه - طرق أخر[١٥]:

أحدها: أن غير الأب والجد لا يزوج، والأب والجد يزوج؛ لكمال شفقتهما، وقوة ولايتهما.

الثاني: أن فسقه إن كان بشرب الخمر فلا يلي، وإن كان بسبب آخر فيلي.

---

(١) في س: مغمى.
(٢) في د: لإخلال.
(٣) في س: الطالح.
(٤) تقدم.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في س.
(٧) سقط في ب، س.
(٨) في ب: فيمنع.
(٩) في التنبيه: تزويج أمته.
(١٠) زاد في التنبيه: وهو خلاف النص.
(١١) في د: يجبران.
(١٢) في د: وإن.
(١٣) في ب: فيهما.
(١٤) في س: وإن.
(١٥) في س: أخرى.

الثالث: إن كان مُعْلِنًا بالفسق فلا يلي، وغيره يلي.

الرابع: إن كان غيورًا فيلي، وإن لم يكن غيورًا فلا يلي، وهذا منقول في «الهادي».

الخامس: أنه يلي قولاً واحدًا، وهو اختيار القفال والروياني؛ لأن الفَسَقة لم يُمْنَعوا من التزويج في عصر الأولين مع وجود الاحتياط منهم في الأبضاع. والمشهور من الطرق إثبات قولين، وقيل: الخلاف في غير الإمام الأعظم، أما الإمام الأعظم فيجوز أن يكون وليًّا للأَيَامَى من المسلمين، ولكن[١] لا يزوج ابنته إذا قلنا: [إن][٢] الفسق سالبٌ للولاية، قاله المتولي، وفي «التهذيب»: أنه يجوز أن يزوج بناته وبنات غيره.

وقد اختلف الناقلون[٣] في محل الخلاف في أصل المسألة: فقيده في «التتمة» بما إذا كان الفاسق غير محجور عليه، أمَّا إذا كان محجورًا عليه فلا، وأطلق بعضهم الخلاف ثم قال: وقيل: إن كان محجورًا عليه [فلا، وإن لم يكن محجورًا عليه][٤] زوَّج[٥]، حكاه مجلي وابن الصباغ.

فرعان:

أحدهما: إذا تاب الفاسق، ذكر صاحب «التهذيب»: أن له التزويج في الحال.

وقال الرافعي: [القياس الظاهرُ][٦]، وهو المذكور في الشهادات[٧]: أنه يعتبر الاستبراء لعود الولاية، حيث يعتبر لقبول الشهادة.

الثاني: ذكر أبو الحسن العبادي وصاحبا «التتمة» و«التهذيب» وجهين في أنَّا هل نثبت[٨] الولاية لذوى الحرف [الدنيَّة] إذا لم نثبتها للفاسق؟

قال في «التهذيب»: والمذهب أنه يكون وليًّا وجهًا واحدًا.

قال: «وهل يجوز أن يكون [الولى][٩] **أعمى؟ قيل**[١٠]: **يجوز**»، وهو الصحيح[١١]؛ لأن شعيبًا - عليه السلام - زوّج ابنته من موسى - صلى الله عليه وعلى نبينا - وكان أعمى، وأيضًا: فإن طريق العلم في باب «النكاح»[١٢] الوصفُ

---

(١) في س: إلا أنه.
(٢) سقط في ب، د.
(٣) في س: القائلون.
(٤) سقط في س.
(٥) في ب: فلا.
(٦) في س: الأظهر.
(٧) في س: الزيادات.
(٨) في س: نشترط.
(٩) سقط في س.
(١٠) زاد في التنبيه: فقد.
(١١) في س: الأظهر.
(١٢) في س: العلم.

والخبر؛ ولذلك لا يشترط رؤية المنكوحة، والأعمى يملك أن يعرف ما فيه الحظ والمصلحة بالوصف والخبر.

فعلى هذا: إن[١] كان الصداق عينًا لم يثبت المسمّى إن منعنا شراء الغائب.

قال: «وقيل: لا يجوز»؛ لأنه لا يتم نظره من حيث إن من المقاصد ما يدرك بالمشاهدة، ولأنه نَقْصٌ يؤثِّر في الشهادة؛ فأشبه الصِّغَر.

قال الجيلي: وعلى هذا فتنتقل الولاية إلى الأبعد؛ قاله الإمام.

وقال في «البحر»: للأعمى أن يوكِّل على وجهٍ، وإن لم يوكل فالقاضي يزوج عنه. وهذه الزيادة حكاها الجيلي عنه.

والأخرس إذا كانت له كتابة أو إشارة مُفْهِمة فيه مثل هذين الوجهين، ومنهم من قطع بأنه يلي، وفي «تعليق» القاضي الحسين في كتاب اللعان: أن الخلاف في ولاية النكاح هو الخلاف في قبول[٢] شهادته، ومقتضى ذلك أن يكون الظاهر منه: أنه لا يلي؛ كما أن الظاهر أن شهادته لا تُسْمَع.

قال: «ولا يجوز أن يكون ولى المسلمة كافرًا»؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١].

قال: «ولا ولى الكافرة[٣] مسلمًا»؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَتَّخِذُوا۟ ٱلْيَهُودَ وَٱلنَّصَٰرَىٰٓ أَوْلِيَآءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [المائدة: ٥١]، فقطع الموالاة[٤] بين المسلمين والكفار.

وحكى مجلي أن الشيخ أبا حامد حكى في «التعليق» وجهًا: أنه يجوز للمسلم تزويج الكافرة بالولاية الخاصة.

قال: إلا السيد في تزويج الأمة[٥] أي: المخالفة له في الدين بأن كانت مسلمة وهو كافر، أو كتابية، أو مجوسية، [وقلنا بجواز][٦] نكاح الأمة الكتابية والمجوسية، وهو مسلم. وهذا بناء على أنَّه يزوج بالملك، أمَّا إذا قلنا بالولاية فلا.

وفي تزويج الكافر الأمةَ المسلمةَ وجه: أنه لا يجوز، وإن قلنا: تُزَوَّج[٧] بالملك، نقله في «التتمة»، وكذلك في تزويج المسلم[٨] الأمة المجوسية وجه: أنه

---

(١) في س: لو.
(٢) في س: قبوله.
(٣) في س: للكافرة.
(٤) في ب: المولاة.
(٥) في س: أمته.
(٦) في س: قلنا يجوز.
(٧) في د: يزوج.
(٨) في س: المسلمة.

لا يجوز، وإن قلنا: يُزَوِّج الأمةَ الكتابية.

قال الإمام: وعللوه بأن السيد لا يستحل وطأها، ولا حاصل للتعليل بتحريمها عليه؛ فإن شيخي كان يقول: من ملك أخته من الرضاع أو النسب، ملك تزويجها وجهًا[(١)] واحدًا، وإن كان لا يستحل وطأها. وهذا حسنٌ، وقد رأيت لبعض الأصحاب تشبثًا[(٢)] بمنع ذلك. [قال][(٣)]: وهذا لا يعتد به.

قال: والسلطان في نساء أهل الذمة أي: الذين لا مناسب لهم؛ لعموم ولايته، أمَّا إذا كان لهم مناسب فيزوج[(٤)] كل امرأة [وليها][(٥)] إذا كان خاطبها ذمِّيًّا بلا خلاف. قاله في «التتمة»، وإن كان مسلمًا، فالذي ذهب إليه الجمهور أن الحكم كذلك.

وقال الحليمي: يزوجها الحاكم منه، ولا يزوجها وليها الكافر إذا قلنا: إن الفاسق لا يلي، وقال ابن يونس: إنه[(٦)] أصح الوجهين.

فرع: إذا أراد المسلم نكاح ذميَّة، ولا ولى لها، ولا حاكم للمسلمين في ذلك الموضع - فلا يقبل نكاحها من قاضى الكفار، وحكى الإمام عن إشارة صاحب «التقريب» أنه يجوز قبول نكاحها من قاضيهم، والظاهر المنع.

ومن موانع الولاية: الإحرامُ، وهو مذكور في بابه.

قال: فإن[(٧)] **خرج الولي عن أن يكون وليًّا** - أي: بما ذكره[(٨)] - **انتقلت الولاية إلى من بعده من الأولياء**؛ لأن النبي - ﷺ - بعث عمرو بن أمية الضَّمْرى إلى الحبشة، فَزَوَّج له أم حبيبةَ بنت [أبي][(٩)] سفيان، زوَّجها الوليد بن سعيد بن العاص، وكان ابن عمها؛ لأن أباها كان كافرًا حيًّا. قاله البغوي[(١٠)].

---

(١) في س: قولًا. (٢) في ب: تسببًا. (٣) سقط في س.
(٤) في ب، د: فزوج. (٥) سقط في س. (٦) في ب: إنها.
(٧) في التنبيه: وإن. (٨) في س: ذكرناه. (٩) سقط في د.
(١٠) قوله: فإن خرج الولي عن أن يكون وليًّا، انتقلت الولاية إلى من بعده؛ لأن النبي ﷺ بعث عمرو بن أمية الضمري إلى الحبشة، فَزَوَّج له أم حبيبة بنت أبي سفيان، زَوَّجها الوليد بن سعيد بن العاص، فكان ابن عمها؛ لأن أباها كان كافرًا حيًّا. قاله البغوي. انتهى كلامه.
واعلم: أن أم حبيبة -رضي الله عنها- وهي بنت أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن قصي - كانت متزوجة بعبد الله بن جحش، فأسلما، وهاجرا إلى الحبشة مع من هاجر، ثم إن عبد الله المذكور تنصر هناك، ومات نصرانيًّا، فلما انقضت عدتها، بعث النبي ﷺ عمرو بن أمية الضمري إلى الحبشة، فَزَوَّج بها له، وكان ولي نكاحها خالد بن سعيد بن العاص بن أمية بن عبد شمس بن قصي، =

وإذا ثبت ذلك في الكفر قسنا[(١)] عليه الباقي، وبالقياس على ما لو مات، فلو عاد إلى صفة الولاية عاد وليًّا، وحكى الحناطي وجهًا: أن الفسق ينقل الولاية إلى السلطان.

قال: وإن عضلها - أي: منعها - وقد دعت إلى كفءٍ [أي][(٢)]: ولو بدون مهر المثل، أو غاب [عنها][(٣)]، أي: سواء كانت الغيبة بعيدة أو قريبة - كما ذكر[(٤)] في المختصر - زوجها الحاكم؛ لأن التزويج حقٌّ عليه، فإذا امتنع من وفائه، أو غاب وفّاه الحاكم كما لو كان عليه دين [، وهل هذا التزويج من الحاكم بطريق الولاية أو النيابة؟ فيه خلاف حكاه الإمام، ولم يتعرض أحد من الأصحاب لذكر ثمرة هذا الخلاف فيما وقفت عليه، وقد تظهر ثمرته:

عند العضل في أن المرأة لو كانت ببلدٍ، فأذنت لحاكمِ بلدٍ آخر في تزويجها، [والولى فيه][(٥)]: فهل يجوز [له][(٦)] ذلك؟ إن قلنا: إنه يزوج بالولاية، فلا يزوجها؛ كما لو لم يكن لها ولى [حاضر][(٧)].

وإن قلنا: [إنه][(٨)] يزوج بالنيابة، فسببها وفاء ما عليه من حقٍّ؛ كما لو كان عليه دينٌ فامتنع من وفائه أو غاب [عند العضل][(٩)]، ووفاء الحقوق المتوجهة على الغائب، [أو الممتنعَ][(١٠)] من أدائها لا يختص بحاكم بلد [صاحب][(١١)] الحق؛ فيشبه أن يكون التزويج هنا كذلك.

وعند الغيبة في أن الولاية هل تنتقل إلى الأبعد إذا كان موجودًا؟

فإن قلنا: إنه إذا لم يكن لها إلا ولى واحد، إن الحاكم يزوج عند غيبته بطريق

= وكان أيضًا قد أسلم وهاجر، وكان أبوها أبو سفيان إذ ذاك مشركًا، وأصدقها النجاشي عن النبي ﷺ أربعمائة دينار، وهي أربعة آلاف درهم.
وهذا كله ثابت مشهور في كتب السير والأحاديث، وإذا علمت ذلك، علمت أن في كلام المصنف أمرين:
أحدهما: دعواه أن الولي العاقد هو الوليد بن سعيد، وهو غلط محض في نفسه، وعلى البغوي أيضًا، بل صوابه -وهو المذكور في التهذيب، إنما هو خالد بن سعيد.
الأمر الثاني: أن كلامه يوهم أن العاقد هو ابن عم أم حبيبة على الحقيقة، وقد ظهر لك مما ذكرناه أن أباه ابن عم أبيها، والله أعلم. [أ و].

(١) في ب: فيبنى.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في التنبيه.
(٤) في د: ذكره.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في س.
(٧) في ب، د: خاص.
(٨) سقط في س.
(٩) سقط في ب، س.
(١٠) في ب: والممتنع.
(١١) سقط في س.

الولاية، فإذا غاب وكان لها ولى أبعد منه انتقلت إليه - كما سنذكره - لأن ولاية الحاكم تكون بعد ولاية القريب.

وإن قلنا فيما إذا لم يكن لها إلا ولى واحد وغاب: إن الحاكم يزوج بالنيابة - فلا تنقل عند غيبة القريب إلى الأبعد [لو كان له][١] وكيل، والله أعلم.

وحكى في أصل المسألة عن القاضي أبي حامدٍ أنه يفرق في الغيبة بين الملوك وأكابر الناس فتعتبر مراجعتهم، وبين أوساط الناس والتجار فلا تعتبر. وظاهر المذهب الأول.

قال: ولم تنتقل الولاية إلى من [بعده من الأولياء][٢]؛ لأن ولايته باقية بدليل أنه لو زوجها حيث هو صحّ، ولو كان له وكيل لم ينعزل، وفيه وجه عن ابن سريج: أن الغيبة تنقل الولاية إلى الأبعد كالجنون، وعلى الأول يستحب للحاكم أن يحضر عصباتها ويستأذنهم، أو يرد العقد إليهم[٣]؛ ليخرج عن الخلاف.

فائدة[٤]:

العاضل هل يفسّق؟ أطلق الأصحاب القول بالعصيان، وهو ما يقتضيه قول الشيخ حيث قال: «وإن كانت حرّة، ودعت إلى كفءٍ، وجب على الولي تزويجها»؛ إذ[٥] ترك الواجب يقتضي العصيان.

وقال الإمام: إن كان في الخِطَّة حاكم فلا إثم، وإلا فيعصي.

ثم على القول بالعصيان إذا عضل مرّةً واحدةً لا يفسق، وإنما يفسق[٦] [إذا عضل][٧] مرات أقلها ثلاث، كذا حكى عن بعضهم، [على ما حكاه الرافعي عند الكلام في أن الفسق هل يسلب الولاية؟][٨].

قال: «وقيل: إن كانت الغيبة إلى مسافة [لا][٩] **تقصر فيها الصلاة، لم يزوِّج**[١٠] **حتى يُستأذن**[١١]؛ لأنه كالحاضر[١٢]».

قال الرافعي والنووي: وهو الأظهر، ويحكى عن نصّه في «الإملاء»[١٣]. ولفظ «المختصر» محمول على بُعْد الغيبة وقربها دون المسافة.

هكذا ذكر[١٤] العراقيون من أصحابنا الوجهين وآخرون، وفصّل مفصِّلون

---

(١) في ب: كحاله.
(٢) سقط في التنبيه.
(٣) في س: عليهم.
(٤) في ب: قال.
(٥) في ب: إذًا.
(٦) في س: الفسق.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في س.
(٩) سقط في د.
(١٠) في التنبيه: تزوج.
(١١) في د: تستأذن.
(١٢) في س: للحاضر.
(١٣) في س: الأم.
(١٤) في س: ذكره.

فقالوا: إن كانت الغيبة إلى مسافةٍ تقصر فيها الصلاة فيزوجها[١] السلطان، وإن كانت[٢] بحيث يتمكن المبكِّر [إليه][٣] من الرجوع إلى [منزله][٤] قبل مجيء الليل، فلا بدّ من مراجعته قطعًا، وفيما بين ذلك وجهان.

ثم هذا كله إذا عُرِفَ مكانه، وأمكن الوصول إليه، فإن كان مفقودًا لا تعرف حياته ولا موته - فيزوجها السلطان؛ لأن [نكاحها][٥] قد تعذر من جهته، فأشبه ما إذا عضل، وإذا انتهى الأمر إلى غايةٍ، فحكم فيها بالموت، وقسم ماله على ورثته - فلا بدّ من نقل الولاية إلى الأبعد، فإن[٦] عرف مكانه، وتعذر الوصول إليه للفتنة والخوف في الطريق، ففي «الجيلي» عن «الحلية»: أنه يجوز له التزويج بدون المراجعة في أصح الوجهين، وهذا يعضده ما حكيته عن الأصحاب في باب الوديعة: أن تعذُّرَ الوصول إلى مالك الوديعة بمثل هذا التسبب[٧] عند إرادة المودَع السفر بمنزلة ما لو كان مالك الوديعة مسافرًا.

فرع: هل يجب على الحاكم طلب البينة بعدم حضور الولي، وخلوها عن النكاح والعدة، أم يستحب؟ فيه وجهان في «الجيلي»: [الأصح منهما:][٨] الأول، ويكون حكم ذلك حكم الشهادة في الإفلاس في جواز الشهادة على النفي، وكونه لا يسمع إلا من أهل الخبرة الباطنة [بذلك][٩].

وهذا إذا كان الولي الغائب ممن يزوج بغير الإذن، أمّا إذا كان لا يزوج إلا بالإذن، فقالت: ما أذنت، فللقاضي تحليفها على نفى الإذن، وفي الحالة الأولى [على][١٠] عدم التزويج في الغيبة إن رأى ذلك، كذا حكاه الإمام.

قال الغزالي: ومثل هذه اليمين التي لا تتعلق بدعوى، استحبابٌ أو إيجاب؟ فيه خلاف.

وعلى القول بعدم وجوب البيِّنة: [لو ألحت][١١] في المطالبة، ورأى السلطان [التأخير، هل له ذلك][١٢]؟

---

(١) في د: يزوجها.
(٢) في ب، س: كان.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: نكاحه.
(٦) في د: وإن.
(٧) في د: السبب.
(٨) في د، س: أصحهما.
(٩) سقط في س.
(١٠) سقط في د.
(١١) في س: أو الحث.
(١٢) في س: تأخير ذلك.

[حكى الإمام][(١)] فيه وجهين عن الأصوليين[(٢)]، والله أعلم.

فرع آخر: إذا زوج الحاكم في حال غيبة الولي، ثم قدم الولي وقال: كنت زوجتها في الغيبة - قال أصحابنا: نكاح [الحاكم][(٣)] مقدّم. وهذا بخلاف ما لو غاب مالك العبد فباعه السلطان في وفاء دين الغائب، فعاد وادّعى أنه كان قد باعه في الغيبة؛ فإنّ الشافعي - رضي الله عنه - نصّ على أن بيع المالك أولى.

وقال الربيع: فيه قول: أن بيع السلطان أولى كالتزويج.

والفرق على الأول: أن السلطان في النكاح قائم مقام ولى آخر في غيبة الولي الأقرب. ولو كان لها وليّان، فزوجها أحدهما في غيبة الآخر، ثم قدم وقال: كنت زوجتها قبل ذلك - لم يقبل إلا ببيّنة، فكذلك هنا[(٤)]، بخلاف السلطان في البيع؛ فإنه نائبٌ عن المالك؛ فأشبه الوكيل مع الموكل، ولو أن الوكيل باع، وجاء[(٥)] الموكل، وقال: قد كنت بعت - القول قول الموكل مع يمينه، كذا حكاه ابن أبي الدم في كتابه الملقب بـ«أدب القضاء[(٦)]».

وفي «النهاية» في ضمن فرع بعد باب الإحصان، حكاية القولين في مسألة البيع، وحكاية أن أظهرهما: أنه لا يقبل قوله، [والخلاف][(٧)] [يجري][(٨)] فيما إذا

---

(١) سقط في س.

(٢) قوله: فرع: هل يجب على الحاكم طلب البينة بعدم حضور الولي، وخلوها عن النكاح والعدة، أم يستحب؟ فيه وجهان.
فإن قلنا: لا يجب، فلو ألحت في المطالبة، ورأى السلطان التأخير، هل له ذلك؟ حكى الإمام فيه وجهين عن الأصوليين. انتهى كلامه.
وما ذكره في آخر كلامه، ذكره الرافعي فأخذه المصنف منه، وهو يقتضي أن هذين الوجهين لأصحابنا، وأن الأصوليين نقلوهما، ولهذا اغتر النووي بذلك في الروضة، فأطلق حكاية وجهين، ولم يتعرض للنقل عن الأصوليين بالكلية، وهذا كله غلط.
فإن الإمام - لما ذكرنا أنها إذا سألت ذلك وألحت - قال ما نصه: وهذا لا ينتهي إليه كلام الفقهاء، وهو من محض أحكام الإمامة، وقد اختلف أرباب الأصول فيه، فذهب، وروينا في الأصول إلى أنها تجاب، وأقصى ما يمكن السلطان منه، أن يستمهلها، فإن أبت أجابها.
وذهب القاضي أبو بكر الباقلاني إلى أن القاضي لا يجيبها إن رأى ذلك، ويقول: لا تجب عليّ إجابتك ما لم أحتطْ. هذا لفظ الإمام بحروفه، وقد اتضح أن أحد القائلين هو القاضي أبو بكر، وهو من المالكية، والظاهر أن الآخر هو الشيخ أبو الحسن الأشعري، وحينئذ فليست المسألة ذات وجهين. [أ و].

(٣) في س: الغيبة. (٤) في س: هاهنا. (٥) في س: ثم جاء.

(٦) في ب: القضاة. (٧) في د: إذ الخلاف. (٨) سقط في س.

ادّعى أنه أعتقه أو حبسه، لكن الأظهر في دعوى العتق قبول قوله، على ما حكاه الرافعي في اللقطة.

تنبيه: العضل لا يحصل إلا إذا دعت[١] البالغة العاقلة إلى تزويجها من كفء [وامتنع][٢]، ولا بدّ من ثبوته عند الحاكم ليزوجها.

وفي «التهذيب»: أنّه لا يتحقق حتى يمتنع بين يدى القاضي، وذلك بأن يحضر الخاطب، والمرأة، والولي، ويأمره الحاكم بالتزويج فيقول: لا أفعل، أو يسكت، فحينئذٍ يزوجها القاضي.

قال الرافعي: وهذا فيما إذا تيسّر إحضاره عند القاضي، فأمّا إذا [تعذّر بتعزُّز][٣] أو توارٍ، وجب أن يكون الإثبات بالبينة كما في سائر الحقوق.

وفي «تعليق» الشيخ أبي حامدٍ ما يدلُّ عليه، ونقل - أيضًا - مثل هذا البحث في آخر كتاب «الإيلاء» عن فتاوى صاحب «التهذيب»، ثم قال عنه: ومحتمل[٤] أن يحكم بالعضل بشهادة الشهود مع إمكان الإحضار[٥].

قال: «ويجوز للولى أن يوكل من يزوج» - أي: سواءً كان مجبِرًا أو غير مجبِر، بإذنها وبدونه؛ لأنه حقٌّ إليه، فجاز له الاستنابة فيه، كتوكيل الزوج في قبول النكاح.

قال: وقيل: لا يجوز لغير الأب والجد - أي: المجبِر إلا بإذنها - لأنه متصرف بالإذن، فلا يوكل إلا بالإذن كالوكيل[٦].

والمذهب الأول؛ لأنه متصرف بالولاية، فأشبه الوصى والقيم، وهما يتمكنان[٧] من التوكيل من غير إذنٍ. أمَّا إذا كان الأب غير مجبِرٍ فهو كغيره من الأولياء، وفي المجبِر وجهٌ: أنه لا بدّ من إذنها أيضًا، فلو كانت صغيرة امتنع التوكيل بتزويجها.

ثم اعلم أن صورة الإذن في التوكيل أن تقول: أذنت لك في التزويج، و:فى التوكيل في التزويج، فلو قالت: وكِّل بتزويجي ولا تزوجني بنفسك، قال الإمام: الذي ذهب إليه الأئمة: أنه لا يصح الإذن على هذا الوجه؛ لأنها منعت الولي، وردت التزويج إلى الوكيل الأجنبي؛ فأشبه التفويض إليه ابتداءً.

---

(١) في س: ادعت.
(٢) في د: فامتنع، وسقط في س.
(٣) في س: امتنع بتعذر.
(٤) في د: ويحتمل.
(٥) في س: الحضور.
(٦) في س: التوكيل.
(٧) في س: متمكنان.

ولو قالت: وكّل بتزويجي، واقتصرت عليه، فله التوكيل، وهل يزوج بنفسه؟ فيه وجهان في «التهذيب».

ووجه الجواز: أنه يبعد منعه مما له التوكيل فيه.

ولا خلاف أنّها إذا نهت[1] غير المجبِر عن التوكيل، لم يكن له التوكيل؛ لأنه إنما يُزوج بالإذن، ولم تأذن في تزويج الوكيل، قاله البغوي، رحمه الله.

فرع: على المذهب: لو وكّل الولي قبل إذن المرأة له في التزويج، هل يصح؟ فيه وجهان، أصحهما: أنه لا يصح، ووجه الصحة: أن له التزويج بشرط الإذن؛ فله تفويض ما له إلى غيره.

وعلى هذا فيستأذن الولي أو الوكيلُ للولي[2]، ثم يزوج، ولا يجوز أن يستأذن الوكيل لنفسه.

قال: «ويجب أن يعين الزوج في التوكيل في أحد القولين» أي: إذا أطلقت الإذن للولي، أو كان الولي مجبِرًا؛ لاختلاف الأغراض باختلاف الأزواج، وليس للوكيل شفقة داعية إلى حسن الاختيار.

قال: «ولا يجب في الآخر»، وهو الأصح [عند][3] النووي؛ لأنه يملك التعيين في التوكيل، فيملك الإطلاق كما في البيع وسائر التصرفات، وشفقته تدعوه إلى ألا يوكل إلا من يثق بنظره واختياره، وقد أجرى هذا الخلاف في إذن غير المُجْبَرة لوليها في التزويج، وقطع بعضهم بعدم اشتراطه؛ لأنه يصادف من يعتنى بدفع العار عن النسب، والوكيل بخلافه.

قال الإمام: وظاهر كلام الأصحاب يقتضي طرد الخلاف، وإن رضيت المرأة بترك الكفاءة، لكن القياس تخصيص الخلاف بما إذا لم تَرْضَ، أمّا إذا أسقطت الكفاءة، ولم تطلب الحظّ، فلا معنى لاعتبار التعيين، وأمّا إذا كانت قد عينت الزوج لغير المجبِر، فليعينه الولي للوكيل، فإن لم يفعل، وزوج من غيره - لم يصح، وإن اتفق التزويج منه فالأظهر: أنه لا يصح أيضًا.

ثم اعلم أنَّا إذا جوّزنا التوكيل المطلق، فعلى الوكيل رعاية النظر في الأزواج، فلو زوج من غير كفء، لم يصح على الأصح.

وقيل: يصح ولها الخيار، فإن كانت صغيرة، خُيِّرت عند البلوغ.

---

(١) في س: أنهت.
(٢) في د: الولي.
(٣) في س، د: في.

ولو خطب كفئان وأحدهما أشرف، فزوج من الآخر - لم يصح، وهذا بخلاف الولي كما حكيناه من قبل، ولو قالت: زوجنى ممن شئت، فهل له تزويجها من غير كفءٍ؟ فيه وجهان.

فرع: إذا أراد الوكيل أن يزوج. فيكفى أن يقول: زوجت بنت فلان منك، ولا يحتاج أن يصرح في العقد بالوكالة ولا الشهادة عليها، ولكن يشترط - على ما حكاه [المتولي][(١)] - علم الزوج بالوكالة.

قال: ولا يجوز أن يوكل - أي: من يزوج - إلا من يجوز أن يكون وليًّا؛ لأنه موجب للنكاح فأشبه الولى.

وفي «النهاية» في فصل التوكيل في الخلع: أنه يجوز أن يوكل الذمي في تزويج المسلمة من مسلمٍ على المذهب الظاهر.

قال: وقيل: يجوز أن يوكل الفاسق - أي: وإن قلنا: إن الفاسق لا يلى - لأنه موكل من جهة الولي، والولي عدلٌ، وهذا ما ادعى الإمام في ضمن توكيل المرأة بالطلاق أنّه الرأى الأصح، وطرده في توكيل العبد، وبنى الجيلي الخلاف على وجوب تعيين الزوج في التوكيل، فإن قلنا: يجب، فيجوز أن يوكل الفاسق لدفع التهمة، وإلا فلا.

ومقتضى ذلك: أنه لو عين الزوج على القول بأنه لا يجب، يصح التوكيل؛ لأنه لا [يجوز][(٢)] مع التعيين أن يزوج من غيره.

ولو وكّل وكيلاً في أن يوكِّل في التزويج، فيجوز أن يكون امرأةً، خلافًا للمزني على ما حكاه المتولي، ويجوز أن يكون مُحْرِمًا على الأصح كما حكاه الرافعي.

وفي «التهذيب»: أنه إذا وكل امرأة، إن قال: وكلى عن نفسك، لم يصح، وإن قال: [وكلي][(٣)] عني، [أو أطلق][(٤)] - فوجهان.

قال: «وليس للولى ولا للوكيل» - [أي][(٥)]: إذا كان الولي ممن يحل له نكاحها: كابن العم، والمعتِق، والقاضي، والإمام الأعظم - أن يوجب النكاح لنفسه، أي: سواء أطلقت الإذن أو [عينته][(٦)] فيه؛ لقوله - ﷺ -: «لَا نِكَاحَ إِلَّا

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: يصح.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: وأطلق.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: عينت.

بِأَرْبَعَةٍ: خَاطِبٍ، وَوَلِيٍّ [مرشد][1]، وَشَاهِدَيْنِ»[2]، ولأن خطاب الإنسان مع نفسه لا [ينتظم][3]. نعم، يزوجها منه [من في درجته، كما إذا كان هناك ابن عم آخر، وإن لم يكن في درجته غيره، زوجها منه][4] القاضي، وإذا كان الراغب القاضي زوجها منه مَنْ فوقه من الولاة، أو يخرج إلى قاضى بلد آخر ليزوجها منه، أو يستخلف خليفة إن كان له الاستخلاف، كذا قاله الغزالي.

وفي «الشامل» في جواز قبوله من خليفته وجهان، والمذهب منهما: أنه لا يجوز[5].

قال: **وقيل: يجوز للسلطان** أي: الإمام الأعظم ممن[6] **هو في ولايته**؛ لأنه ليس فوقه من يزوجها منه، ولو فوض إلى غيره كان وكيلاً له؛ فكان إيجابه كإيجابه.

وفي القاضي أيضًا وجه بعيدٌ، ويقال: إنّ أبا يحيى البلخى ذهب إليه، وإنَّه كان - حين كان قاضيًا بـ«دمشق» - تزوج امرأة ولى أمرها من نفسه.

وفي ابن العم وجه ذكره الغزالي في كتاب «الوكالة»: أنه يزوج من نفسه.

---

(١) سقط في ب، د.

(٢) أخرجه البيهقي وضعفه في السنن الكبرى (٧/ ١٤٣) كتاب النكاح: باب لا يزوج نفسه امرأة هو وليها، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا، وفي إسناده المغيرة بن موسى البصري.
قال البخاري كما في التلخيص لابن حجر (٣/ ٣٥٤): إنه منكر الحديث.
وفي الباب من حديث عائشة، وابن عباس:
حديث عائشة:
أخرجه الدارقطني في سننه (٣/ ٢٢٥) كتاب النكاح، رقم (١٩) عن أبي الخصيب، عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة مرفوعا. بلفظ (لا بد في النكاح من أربعة الولي والزوج والشاهدين) وفي إسناده أبو الخصيب نافع بن ميسرة مجهول.
حديث ابن عباس:
أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧/ ١٤٢، ١٤٣) كتاب النكاح، باب: لا يزوج نفسه امرأة هو وليها، وفي الخلافيات وصححه كما في التلخيص (٣/ ٣٥٤)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣/ ٤٥٦) رقم (١٥٩٣٨) عن ابن عباس موقوفا ولفظه: أدنى ما يكون في النكاح أربعة الذي يزوج والذي يتزوج وشاهدان.

(٣) في س: ينظم.

(٤) سقط في ب، س.

(٥) قوله: وإذا كان الراغب فيمن لا ولي لها هو القاضي، زوجها به من فوقه من الولاة، أو يخرج إلى قاضي بلد آخر ليزوجها به أو يستخلف خليفة إن كان الاستخلاف جائزًا له. كذا قاله الغزالي.
وفي الشامل في جواز قبوله من خليفته وجهان، المذهب ألا يجوز. انتهى.
وهذا الخلاف الذي حكاه عن الشامل ليس له ذكر فيه في هذا الباب. [أ و].

(٦) في ب، س: فيمن.

قال الرافعي: ويجيء[١] مثله في المعتِق.

تنبيه: حيث يجوز لأحد هؤلاء التزويج من نفسه، فذاك إذا سمّته في إذنها، أمّا إذا أطلقت الإذن وجوزناه ففيه[٢] وجهان حكاهما الحناطي.

فرع: لو أراد أحد هؤلاء أن يزوجها من ابنه الصغير، فهو كما لو أراد تزويجها من نفسه، ولو أراد أن يزوجها من ابنه البالغ عند إطلاق الإذن - إذا جوزناه - فهل يجوز؟ فيه وجهان، ومنهم من قطع بالجواز.

قال: «ولا يجوز لأحدٍ أن يتولى الإيجاب والقبول» [، أي:][٣] لغيره كالولى [أو الوكيل][٤] في الإيجاب إذا توكل عن الزوج في القبول، أو كان له ولاية التزويج عليه كالجد- أب الأب- فى نكاح واحدٍ؛ لما تقدم.

قال: «وقيل: **يجوز [للجد][٥] أن يوجب [ويقبل][٦] في تزويج بنت ابنه بابن ابنه**»، أي: إذا كان له ولاية الإجبار عليهما؛ لأنه يتولى طرفى العقد بغير توليةٍ، فتولاه بنفسه كبيع [مال][٧] ابنه من نفسه، وهذا هو الصحيح، واختاره ابن الحداد والقفال وابن الصباغ، والأول اختاره صاحب «التلخيص» وجماعة من المتأخرين. فإن قلنا: يتولى الطرفين، فهل يحتاج إلى القبول لفظًا؟ فيه خلاف مرتب على الخلاف في البيع، وأولى باعتباره في النكاح؛ لما خصّ به من التعبدات، وإن قلنا: لا يتولاهما، فإن كانت بالغة فيزوجها السلطان بإذنها، ويقبل الجد النكاح، وإن كانت صغيرة، وجب الصبر إلى أن تبلغ، فتأذن، أو يبلغ الصغير فيقبل، كذلك حكاه الشيخ أبو علي وغيره، وفي الوكيل [من الجانبين][٨] أيضًا وجه: أنه يصح.

فرعان:

أحدهما: السيد إذا قلنا: له إجبار عبده الصغير، فأراد تزويجه من أمته - فهو كتولى الجد الطرفين.

الثاني: من منعناه من تولى الطرفين، لو وكل في أحد الطرفين، أو وكل شخصين بالطرفين حيث يسوغ[٩] التوكيل - فيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأن المقصود رعاية التعبُّد في صورة العقد، وقد حصل.

وأصحهما: المنع؛ لأن فعل الوكيل فعلُ الموكِّل، وليس ذلك كتزويج القاضي

---

(١) في س: يحكى.
(٢) في س: هل يجوز فيه.
(٣) سقط في د.
(٤) في س: والوكيل.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في س.
(٧) سقط في ب.
(٨) سقط في ب.
(٩) في د: يشرع.

من القاضي عند من رآه[١]، والقاضي من الإمام الأعظم؛ فإنهما يتصرفان بالولاية لا بالوكالة.

ومنهم من جوّز للجد التوكيل، ولم يجوزه لابن العم [ومن في معناه][٢]؛ لأن الجد ولى تام الولاية من الطرفين، وابن العم ولى من طرف وخاطب من طرف.

قال: «ولا يزوج أحد من الأولياء المرأة من غير كفءٍ إلا برضاها ورِضَا سائر الأولياء»، أي: باقى الأولياء الذين لهم ولاية حال العقد؛ لما فيه من لحوق العار، فإن رضوا جاز؛ لقوله ﷺ لفاطمة بنت قيس: «انْكِحِي أُسَامَةَ»[٣] وهو مَوْلى.

وقيل: إن البكر لا يجوز تزويجها من غير كفءٍ وإن رضيت.

قال: وإن[٤] **دعت إلى غير كفءٍ - لم يلزم الولي تزويجها**؛ لقوله ﷺ: «ثَلَاثَةٌ لَا تُؤَخَّرُ...»[٥] وعدّ منها: «الْأَيِّمُ إِذَا وَجَدَتْ كُفْئًا»، وقوله: «إِذَا جَاءَكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَأَمَانَتَهُ فَأَنْكِحُوهُ»[٦]، فأوجب التزويج عند وجود الكفاءة[٧]؛ فوجب ألا يجب

---

(١) في ب: يراه.
(٢) سقط في س.
(٣) أخرجه مسلم (٢/ ١١١٤)، في كتاب الطلاق، باب: المطلقة ثلاثًا لا نفقة لها (٣٦/ ١٤٨٠)، وسيأتي في النكاح.
(٤) في التنبيه: فإن.
(٥) تقدم.
(٦) أخرجه الترمذي (٣/ ٣٩٥) كتاب النكاح: باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه، حديث (١٠٨٤)، وابن ماجه (١/ ٦٣٢) كتاب النكاح، باب: الأكفاء، حديث (١٩٦٧)، والحاكم (٢/ ١٧٩) كتاب النكاح، والخطيب في تاريخ بغداد، (١١/ ٦٠)، كلهم من طريق عبد الحميد ابن سليمان الأنصاري أخو فليح، عن محمد بن عجلان، عن ابن وثيمة البصري، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أتاكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض».
قال الترمذي: وقد خولف عبد الحميد بن سليمان، فرواه الليث بن سعد، عن ابن عجلان، عن النبي ﷺ مرسلاً، قال محمد: وحديث الليث أشبه، ولم يعد حديث عبد الحميد محفوظاً . اهـ.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد.
وتعقبه الذهبي بقوله: قلت: عبد الحميد، قال أبو داود: كان غير ثقة، وابن وثيمة لا يعرف.اهـ.
وأخرجه الترمذي (٣/ ٣٩٥) كتاب النكاح: باب ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه، حديث (١٠٥٨)، والدولابي في «الكنى» (١/ ٢٥)، والبيهقي (٧/ ٨٢) كتاب النكاح: باب الترغيب في التزويج من ذى الدين والخلق المرضى، كلهم من حديث أبي حاتم المزنى رضي الله عنه ...... به.
قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، وأبو حاتم المزنى له صحبة، ولا نعرف له عن النبي ﷺ غير هذا الحديث. اهـ.
وقال الإمام مسلم في الكنى (١/ ٢٤٨): أبو حاتم المزنى له صحبة.
=

عند عدمها؛ عملاً بالأصل.

تنبيه: حيث قلنا: يجوز[1] التزويج من غير كفءٍ[2]، فذاك إذا كان الولي خاصًا، أمّا إذا كان [الولي][3] حاكمًا فهل يجوز؟ فيه وجهان:

اختيار الإمام والغزالي: الجواز؛ إذ لا حظ [للمسلمين][4] في طلب الكفاءة.

واختيار البغوي والمتولي: المنع؛ لأنه نائبٌ عن المسلمين، وتصرف النائب إنما يصح بشرط النظر، وليس في التزويج من غير الكفءِ نظرٌ.

قال المتولي: وأصل المسألة: أن السلطان هل يُجعل كالوارث المعين، حتى إذا [قُتِل] من لا وارث له [، له][5] العفو عن القصاص؟ وفيه خلاف سنذكره، فإن[6] جعلناه كالوارث المعين صح، وإلا فلا.

فصل: والكفاءة في: النسب، والدين، والصنعة، والحرية؛ فلا تزوج عربيةٌ بأعجمي.

الكفء: المثل، والعجمي: كل من لم يكن [أبوه عربيًّا][7]، سواء فيه [جميع][8] الطوائف، [وإنما][9] لم يكن العجمى كفئًا للعربية؛ لمفهوم قوله ﷺ: «الْعَرَبُ بَعْضُهَا لِبَعْضٍ أَكْفَاءٌ، وَالْمَوَالِي بَعْضُهَا لِبَعْضٍ أَكْفَاءٌ»[10]، واستدل بعضهم

= وحديث أبي حاتم المزني وأبي هريرة يقوى كل منهما الآخر.
وفي الباب من حديث عبد الله بن عمر، ويحيي بن أبي كثير مرسلا.

(٧) في ب: الكفء.

(١) في ب: يجب. (٢) في س: الكفء. (٣) سقط في د.
(٤) سقط في س. (٥) سقط في ب، س. (٦) في د: وإن.
(٧) في س: أبواه عربيان. (٨) في س: وجميع. (٩) في د، س: إنما.
(١٠) أخرجه البزار في مسنده (٧/ ١٢١) برقم (٢٦٧٧) من طريق سليمان بن أبي الجون، عن ثور ابن يزيد، عن خالد بن معدان، عن معاذ بن جبل قال: قال رسول الله ﷺ: العرب بعضها أكفاء لبعض، والموالي بعضهم أكفاء لبعض.
قال الهيثمي في مجمع الزوائد(٤/ ٢٧٥): رواه البزار، وفيه سليمان بن أبي الجون، ولم أجد من ذكره وبقية رجاله رجال الصحيح.
قال ابن القطان في بيان الوهم والإيهام (٣/ ٦٢): لم أجد له ذكرًا.
وقال ابن حجر في التلخيص(٣/ ٣٥٦): ثم هو من رواية خالد بن معدان عن معاذ ولم يسمع منه.
وفي الباب من حديث ابن عمر، وعائشة:
حديث ابن عمر:
أخرجه ابن عدي في الكامل(٥/ ٢٠٨)، ومن طريقه ابن الجوزي في العلل المتناهية (٢/ ٦١٨).
من طريق عثمان بن عبد الرحمن، عن علي بن عروة، عن نافع، عن ابن عمر....به. =

على ذلك بمفهوم ما روى أنه - عليه السلام - قال: «الْعَرَبُ [أَكْفَاءٌ][(١)] بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ: قَبِيلَةٌ لِقَبِيلَةٍ، وَحَيٌّ لِحَيٍّ، وَرَجُلٌ لِرَجُلٍ، إِلَّا حَائِك أَوْ حَجَّام[(٢)]»[(٣)].

= وزاد: إلا حائكًا أو حجامًا.
قال ابن الجوزي في العلل المتناهية (٢/ ٦١٩): «فيه عثمان بن عبد الرحمن وهو مجروح، وعلي بن عروة، قال يحيي: ليس بشيء، وقال أبو حاتم الرازي: متروك الحديث، وقال ابن حبان: يضع الحديث».اهـ.
حديث عائشة:
أخرجه البيهقي وضعفه في السنن الكبرى(٧/ ١٣٥) كتاب النكاح، باب: اعتبار الصنعة في الكفاءة، من طريق الحكم الأزدي، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن عائشة ....به.
وزاد: إلا حائك أو حجام.

(١) سقط في س.

(٢) كذا في الأصل ومصادر التخريج، وحق «حائك» و«حجام» أن ينصبا: الأول على الاستثناء التام الموجب، والثاني على العطف عليه، وتوضع ألف لهذا التنوين المنصوب؛ غير أن كتابتهما بغير ألف التنوين المنصوب جارٍ على لغة ربيعة في الوقف على الاسم المنصوب بحذف ألفه، وهي لغة يستخدمها المحَدِّثون كثيرًا، قال فيها النووي: «قوله ﷺ: وأُرِي مالكًا خازنَ النار: هو بضم الهمزة، وكسر الراء، و«مالكًا» بالنصب، ومعناه: أُرِيَ النبيُّ ﷺ مالكًا، وقد ثبت في صحيح البخاري في هذا الحديث: ورأيت مالكًا، ووقع في أكثر الأصول: «مالكٌ» بالرفع، وهذا قد يُنْكَرُ ويقال: هذا لحن لا يجوز في العربية، ولكنْ عنه جوابٌ حسن، وهو: أن لفظة «مالكً» منصوبة، ولكن أُسْقِطَتِ الألِفُ في الكتابة، وهذا يفعله المُحَدِّثُون كثيرًا، فيكتبون: سمعت أنسً بغير ألف، ويقرءونه بالنصب، وكذلك «مالكً» كتبوه بغير ألف ويقرءونه بالنصب. فهذا - إن شاء الله تعالى- مِن أحسن ما يقال فيه، وفيه فوائد يُتنبه بها على غيره، والله أعلم. وقال ابن هشام: «تنوين الاسم المنصوب، نحو: رأيت زيدًا، هذا وَقَفَ عليه العربُ بالألف إلا ربيعة؛ فإنهم وقفوا على نحو «رأيت زيدًا» بالحذف؛ قال شاعرهم:
ألا حَبَّذَا غنْمٌ وحسنُ حديثِها ... لقد تركَتْ قلبي بها هائمًا دَنِفْ»
ينظر: شرح النووي على صحيح مسلم (٢/ ٢٢٧)، وشرح قطر الندى، ص (٣٢٨).

(٣) أخرجه الحاكم (٢/ ١٦٢)، والبيهقي في السنن الكبرى(٧/ ١٣٤) من طريق شجاع بن الوليد، ثنا بعض أخواننا عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن ابن عمر....... به، قال الحاكم: هذا حديث غريب صحيح، وقال البيهقي: هذا منقطع بين شجاع وابن جريج؛ حيث لم يسم شجاع بعض أصحابه، وقال ابن عبد البر في التمهيد(١٩/ ١٦٥): لا يصح.
وللحديث طرق أخرى عن ابن عمر:
أخرجه ابن حبان في «المجروحين» (١/ ١١٨)، وأبو يعلى كما في نصب الراية (٣/ ١٩٨)، وابن عدي في الكامل (٥/ ٩٥)، وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٢/ ٦١٧)، كلهم من طريق بقية بن الوليد، عن زرعة بن عبد الله الزبيدي، عن عمران بن أبي الفضل، عن نافع، عن ابن عمر.
قال الدارقطني في العلل: لا يصح.
وقال ابن الجوزي: فيه عمران قال ابن حبان: يروي الموضوعات عن الأثبات لا يحل كتابة حديثه إلا =

وقال عبد الحق في «أحكامه الكبرى»: إنه حديث منكر موضوع.

قال: «ولا قرشيّة بغير قرشي، ولا هاشميّة» [أي][1]: ولا مطَّلِبيَّة بغير هاشميٍّ، و[من][2] في معناه كالمطلبي؛ لقوله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ اخْتَارَ الْعَرَبَ مِنْ سَائِرِ الْأُمَمِ، وَاخْتَارَ مِنَ الْعَرَبِ قُرَيْشًا، وَاخْتَارَ مِنْ قُرَيْشٍ بَنِي هَاشِمٍ»[3]، وقال - عليه السلام-: «نَحْنُ وَبَنُو الْمُطَّلِبِ هَكَذَا»[4] وشبَّكَ بين أصابعه.

وقيل: قريش بعضهم لبعض أكفاء، كما أنهم يستوون في الأهلية للإمامة[5].

واعلم أن الاعتبار في النسب[6] بالأب؛ فالذى[7] أبوه أعجمى وأمه عربيّة ليس بكفءٍ للتي[8] أبوها عربي وأمها أعجمية[9]، وقد أشرنا إلى ذلك من قبل.

= على التعجب.

وقال ابن أبي حاتم في «العلل» (١/ ٤١٢) رقم (١٢٣٦): قال أبي: هذا كذب لا أصل له.

وقال في موضع آخر: باطل.

وقال ابن أبي حاتم سألت أبي عنه فقال: منكر، وقد حدث به هشام بن عبيد الله الرازي فزاد فيه بعد أو حجام أو دباغ، قال: فاجتمع عليه الدباغون وهموا به.

قال ابن عبد البر في التمهيد (١٩/ ١٦٥): هذا منكر موضوع.

وأخرجه ابن الجوزي في العلل المتناهية (٢/ ٦١٨) من طريق محمد بن زكريا الأزرق، عن سويد، عن بقية بن الوليد، عن محمد بن الفضل...به.

قال ابن الجوزي: تفرد به محمد بن زكريا عن سويد، وهذا الحديث لا يصح؛ فبقية بن الوليد، مغموز بالتدليس، ومحمد بن الفضل مطعون فيه.

وأخرجه ابن حيان الأنصاري في طبقات المحدثين بأصبهان (٤/ ١٣٠) من طريق مسلمة ابن علي، عن الزبيدي، عن زيد بن أسلم، عن ابن عمر...به.

(١) سقط في س. (٢) سقط في س.

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك(٤/ ٩٧) كتاب معرفة الصحابة، باب: فضل كافة العرب، عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ:لما خلق الله الخلق اختار العرب ثم اختار من العرب قريشا ثم اختار من قريش بني هاشم ثم اختارني من بني هاشم فأنا خيرة من خيرة.

وأخرجه مسلم بلفظ مقارب(٤/ ١٧٨٢) كتاب الفضائل، باب: فضل نسب النبي ﷺ، برقم (١/ ٢٢٧٦) عن واثلة بن الأسقع بلفظ: إن الله اصطفي كنانة من ولد إسماعيل واصطفي قريشا من كنانة واصطفي من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم.

(٤) أخرجه البخاري(٧/ ٢١٩) كتاب المناقب، باب: مناقب قريش، برقم (٣٥٠٢) من حديث جبير بن مطعم قال: مشيت أنا وعثمان بن عفان فقال: يا رسول الله أعطيت بني المطلب وتركتنا، وإنما نحن وهم منك بمنزلة واحدة ؟ فقال النبي ﷺ: إنما بنو هاشم وبنو عبد المطلب شيء واحد.

(٥) في س: للأمانة. (٦) في س: النسيب. (٧) في ب، س: والذي.

(٨) في ب: للذي، وفي س: لمن. (٩) في ب، د: عجمية.

فرع: موالى قريش، قال مجلي: اختلف أصحابنا في أنهم: هل يكونون أكفاءً لقريش؟ على وجهين.

تنبيه: كما يعتبر النسب في العرب يعتبر في العجم أيضًا، وعن القفال والشيخ أبي عاصم: أنه لا يعتبر [النسب](١) في العجم؛ لأنهم لا يعتنون بحفظ الأنساب.

[قال](٢): «ولا عفيفة بفاجرٍ».

العفيفة هنا: المصونة عن الفواحش، والفاجر: مرتكبها، ومعناه: أن الفاسق ليس كفئًا للمرأة العَدْلِ؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣]، وقوله ﷺ: «إِذَا جَاءَكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَأَمَانَتَهُ فَأَنْكِحُوهُ»(٣)، ولا اعتبار بالشهرة، بل الذي [لم](٤) يشتهر بالصّلاح كفءٌ للمشهورة به، ومن هذا القبيل: [من أسلم بنفسه ليس بكفءٍ](٥) لمن لها أبوان أو ثلاثة في الإسلام، كما جزم به [في «التهذيب»].

وعن القاضي أبي الطيب وغيره رواية وجهٍ: أنه](٦) كفء لها. واختاره القاضي الروياني، ولم يَحْكِ في «الذخائر» سواه، وعلله بأن الولد لا يكون عند الاستقلال كافرًا بكفر أجداده، بخلاف النسب.

وذكر بعض المتأخرين أنه لا ينظر إلا إلى إسلام الأب الأول والثاني؛ فمن له أبوان في الإسلام كفء للتى(٧) لها عشرة آباء في الإسلام؛ لأن الثالث لا يذكر في التعريف.

والظاهر الأول، وهو المحكى عن الشافعي، كما حكاه الغزالي؛ حيث قال: كيف كان [على كفءَ فاطمة](٨) [وأبوه كافر](٩) وأبوها سيد البشر؟! ولو يكفى النسب في الكفاءة فالناس كلهم أولاد آدم.

قال: «ولا حرّة بعبدٍ»؛ لقوله تعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿هَلْ يَسْتَوُونَ﴾ [النحل: ٧٥]، [أي: لا يستوون](١٠)، ولأنها تتعيَّر بكونها فراشًا للعبد(١١)، وكذلك عشيرتها، وتتضرر بأنه لا ينفق [عليها](١٢) إلا نفقة المعسرين؛ ولهذا أثبت لها الشرع الخيار إذا عتقت تحت عبد.

(١) سقط في ب، د.
(٢) بياض في س.
(٣) تقدم.
(٤) سقط في د.
(٥) في س: كفء.
(٦) سقط في د.
(٧) في س: لمن.
(٨) في س: كفئًا لفاطمة.
(٩) سقط في د.
(١٠) سقط في س.
(١١) في س: له.
(١٢) سقط في ب، د.

ومن مسَّه الرق ثم عتق ليس بكفء [للحرّة [الأصلية][1].

ومن مسَّ الرق [أحد آبائه، ووُلِدَ هو في زمان الحرية ليس بكفءٍ][2] للتى لم[3] يمس الرق][4] أحدًا من آبائها، وفيه وجه حكاه مجلي: أنه كفءٌ لها.

وكذلك من مس الرق أبًا أقرب في نسبه ليس بكفءٍ للتى مسّ الرق أبًا أبعد في نسبها.

ومن بعضها حرٌّ، هل يكون العبد كفئًا لها؟ فيه وجهان، أصحهما - على ما حكاه مجلي-: لا.

وجريان الرق في الأمهات، قال الرافعي: يشبه أن يكون - أيضًا - مؤثرًا؛ ولذلك تعلق به الولاء[5]، والله أعلم.

قال: «**ولا بنت تاجر أو تانئٍ بحائك أو حجام**».

التانئ، قيل: هو الدِّهقان.

وقيل: هو رئيس البلد وساكنه، قاله الجيلي.

وقال النووي: إنه صاحب العقار، وهو مهموز، وهو مأخوذ - [على ما قاله ابن فارس والجوهري - من][6]: تنأت [بالبلد][7]، بالهمز: إذا قطنته [قاله ابن فارس والجوهري][8].

قال الجوهري: [وجمع][9] «التانئ»: تُنّاء؛ [كفاجرٍ وفُجَّار][10]، والاسم منه: التناءة.

قال النووي: وقد وقع في نسخ التنبيه: [بنت][11] تاجر أو تانٍ - بالنون المنونة - كقاضٍ، وهو لحن بلا خلاف، وصوابه: [تانئ][12]، بالهمز، ويكتب بالياء.

وإنما لم يكن الحائك والحجام كفئًا لبنت التاجر والتانئ؛ لأنهما يُسْتَرْذلان عرفًا بالنسبة إليهما.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في س من لفظ «للحرة» إلى «بكفء».
(٣) في س: ليست لم.
(٤) سقط في د من لفظ «أحد» إلى «الرق».
(٥) قوله: وجريان الرق في الأمهات.
قال الرافعي: يشبه أن يكون أيضًا مؤثرًا، ولذلك تعلق به الولاء. انتهى كلامه.
وهو يقتضي أنهما لم يظفرا بنقل في المسالة وهو عجيب، فقد صرح صاحب البيان بالمسألة، وجزم بأنه كفء. ونقله عنه في الروضة، وقال: إنه المفهوم من كلام الأصحاب. [أ و].
(٦) سقط في س.
(٧) في د، س: البلد.
(٨) سقط في ب، د.
(٩) في س: جمع.
(١٠) في د: كتاجر وتجار.
(١١) سقط في س.
(١٢) سقط في س.

والكناس [والحجام](١) وقيِّم الحمام والحارس والراعى لا يكافئون ابنة الخياط، والخياط لا يكافئ ابنة التاجر والبزاز، والمحترفُ(٢) [لا يكافئ](٣) ابنةَ القاضي والعالم.

وذكر في «الحلية»: أنه تراعى العادة في الحرف والصناعات؛ لأن في بعض البلاد التجارة أولى من الزراعة، وفي بعضها الأمر بالعكس.

قال الرافعي: واعلم أن الحرف الدنيّة في الآباء، والاشتهار بالفسق مما يتعيَّر به الولد؛ فيشبه أن يكون حال الذي(٤) كان أبوه صاحب حرفة دنيَّة أو مشهورًا بالفسق مع التي أبوها عدل، كما ذكرنا في حق من أسلم بنفسه مع التي أبوها مسلم(٥)، والحق: أن يجعل النظر في حال الآباء دينًا وسيرةً وحرفة من حيز النسب؛ لأن مفاخر(٦) الآباء في حالهم [هي](٧) التي يدور عليها أمر [الكفاءة](٨). هذا هو المشهور، ووراءه أمور أُخر:

أحدها: حكى ابن الصباغ عن البويطي قولاً [أن](٩) الكفاءة في الدين وحده، وليس بشيء؛ لما ذكرناه.

والثاني: اليسار، [وهل هو](١٠) من خصال الكفاءة؟ فيه وجهان:

أظهرهما: لا؛ لأن النبي ﷺ اختار الفقر.

والثاني: نعم؛ لأنه إذا كان معسرًا لم ينفق على الولد، وينفق [على الزوجة](١١) نفقة المعسرين؛ فتتضرر(١٢) به، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أن المعتبر اليسار بقدر النفقة والمهر؛ فإذا أيسر بهما فهو كفء لصاحب الألوف.

---

(١) سقط في س. (٢) في ب، د: ولا المحترف.
(٣) سقط في ب، د. (٤) في س: مَنْ.
(٥) قوله: قال الرافعي: واعلم أن الحرف الدنية في الآباء والاشتهار بالفسق مما يتعير به الولد، فيشبه أن يكون حال الذي كان أبوه صاحب حرف دنية، أو مشهور بالفسق مع التي أبوها عدل كما ذكرنا في حق من أسلم بنفسه مع التي أبوها مسلم. انتهى.
وما ذكره الرافعي بحثًا واقتضى كلامه عدم الوقوف عليه، وتابعه عليه المصنف، قد جزم الهروي في «الإشراف» بخلافه، فقال: إن ذلك لا يؤثر، وجعل ابن المعيب كابن الأبرص ونحوه. مثله أيضًا ذكر ذلك في الورقة الأخيرة من الكتاب المذكور. [أ و].
(٦) في د، س: من مفاخر. (٧) سقط في س. (٨) في ب: الكفار.
(٩) سقط في ب. (١٠) في س: هل يكون.
(١١) سقط في ب. (١٢) في س: فيضر.

وأظهرها: أنه لا يكفى ذلك، ولكن الناس أصناف: غني، وفقير، ومتوسط، وكل صنف[(١)] أكفاءٌ وإن اختلفت المراتب.

وقيل: [إن اليسار يعتبر][(٢)] في أهل الأمصار وجهًا واحدًا، وأمَّا أهل البوادى والقرى ففيهم الوجهان، حكاه مجلي.

الثالث: الشيخ هل يكون كفئًا للشابة؟ ذكر القاضي الروياني أنه لا يكون كفئًا على المختار من الوجهين، وذكر أيضًا أن الجاهل لا يكون كفئًا للعالمة، وفي «الحلية» ترجيح القول بأن الشيخ كفء للشابة.

الرابع: التنقِّى من العيوب، عدّه[(٣)] الجمهور من خصال الكفاءة، وقد حصر البغوي العيوب في أربعة: الجنون، والجذام، والبرص، [والجب، أو العُنَّة][(٤)].

وصاحب «التتمة» وابن يونس قالا: العيب الذي يعتبر التنقى منه هو الجنون، وكذلك الجذام والبرص على أحد الوجهين.

وقيّده الرافعي بالعيوب المثبتة للخيار، ثم قال: واستثنى صاحب «التهذيب»[(٥)] من العيوب: العنة، وقال: إنها لا تتحقق؛ فلا نظر إليها في الكفاءة.

وفي «تعليق» الشيخ أبي حامد وغيره التسوية بين العنة وغيرها صريحًا، وإطلاق الأكثرين يوافقه، ثم قال: وزاد القاضي على العيوب المثبتة للخيار، فقال: والعيوب التي تنفر النفس عنها: كالعمى، والقطع، وتشوُّه الصورة - تمنع الكفاءة عندي، وبه قال بعض أصحابنا، واختاره الصيمري. هذا آخر كلامه.

واعلم أن ما قالوه غير مُجْرًى على ظاهره؛ لما تقرر أن الكفاءة حقٌّ للمرأة، وحقٌّ للأولياء، ولما سنوضحه، بل الوجه أن يقال: إن كانت الكفاءة مطلوبة رعاية [لحق][(٦)] المرأة؛ بأن تكون مُجْبَرة، وأراد الولي تزويجها، أو أطلقت الإذن لغير المجبِر، وجوزناه - فالمعتبر: التنقِّى من كل عيب يثبت [لها][(٧)] الخيار من جنون، أو جذام، أو برص، [أو جب][(٨)] أو عُنة، وغير ذلك من العيوب إن أثبتنا لها به[(٩)]

---

(١) في ب: الأصناف.
(٢) في س: المراتب تعتبر.
(٣) في س: عند.
(٤) في س، د: والعنة.
(٥) في س: المهذب.
(٦) سقط في س.
(٧) سقط في س.
(٨) سقط في ب.
(٩) في س: بهما.

الخيار، وعليه يحمل قول[١] البغوي والرافعي.

وإن كانت مطلوبةً رعاية لحق الأولياء؛ بأن تكون المرأة طالبةً للتزويج، راضية بالزوج المعيب، وامتنع الأولياء أو بعضهم - فالمعتبر: التنقى من كل عيب يثبت لهم الخيار، وهو عند العراقيين: الجنون - بلا خلاف - وكذلك الجذام والبرص على أحد الوجهين، لا الجب والعنة وغيرهما.

وألحق الشيخ أبو حامدٍ الجذام بالجنون، وعلى ذلك يحمل ما قاله المتولي وابن يونس، وكلام الغزالي وافٍ بالمقصود في الطرفين؛ لأنه قال: العيوب المثبتة للخيار. ومراده من ذلك: إن كانت الكفاءة لحق المرأة فالعيوب التي تثبت الخيار لها، وإن كانت [مطلوبة][٢] لحق الأولياء فالعيوب المثبتة لهم الخيار.

وقد ذكر الشيخ هذا الشرط في باب الخيار في النكاح، وله مناسبة ثَمَّ؛ لأنه [لما][٣] اشتمل على أمر[٤] زائدٍ أفرده بالذكر في موضع الزيادة.

ووجه الزيادة: أن الأصحاب أطبقوا على أن المرأة لو أذنت لوليها في أن يزوجها من معين فزوجها منه، ثم ظهر أنه غير كفء، فلا خيار لهما، ولو خرج مَعِيبًا ثبت الخيار، وقد حكى ذلك الإمام[٥] قبل باب الأمة تعتق وزوجها مملوك.

فائدة: [هذه][٦] الخصال [هل][٧] ينجبر بعضها ببعضٍ؟

قضية كلام الأكثرين: المنع، وقد صرح به صاحب «التهذيب» و «التتمة»، وأبو الفرج السرخسي، حتى لا تزوج سليمة من العيوب دنيّة من معيب [شريف][٨]، ولا حرةٌ فاسقة من عبدٍ عفيف، [ولا عربية فاسقة من عجمى عفيف][٩]، ولا رقيقة عفيفة من فاسق حرٍّ، وتبقى صفة [النقص][١٠] مانعة من الكفاءة.

وفصل الإمام فقال: السّلامة عن العيوب لا تقابل بسائر فضائل الزوج؛ ولذلك

---

(١) في س: كلام. (٢) سقط في س.
(٣) سقط في ب. (٤) في س: أمور.
(٥) قوله: ووجه ذلك أن الأصحاب أطبقوا على أن المرأة لو أذنت لوليها في أن يزوجها من معين، فزوجها مدة، ثم ظهر أنه غير كفء، فلا خيار لها بخلاف ما إذا خرج معيبا وقد حكى ذلك الإمام. انتهى كلامه.
وما ذكره من إطباق الأصحاب وقع في النهاية، فقلده فيه المصنف، وليس كذلك، فقد خالف فيه البغوي، فجزم في فتاويه بثبوت الخيار. [أ و].
(٦) سقط في س. (٧) سقط في ب. (٨) سقط في ب، د.
(٩) سقط في د. (١٠) سقط في س.

ثبت بها حقُّ الفسخ، وإن كانت في المعيب فضائل جمة، وكذا الحرية لا تقابل بفضيلة أخرى، وكذا النسب.

نعم، العفة الظاهرة في الزوج هل تَجْبُرُ دناءة [نسبه][1] ؟ فيه وجهان.

أظهرهما: المنع، وبَقْيُ الحرفة الدنيّة يعارضه الصلاح وفاقًا، واليسار [إن][2] اعتبرناه يعارض بكل خصلةٍ من خصال الكفاءة.

قال: **فإن زوجها من غير كفء**، أي: الأب أو الجد إذا كان مجبِرًا، [أو غيرُ] المُجْبِر إذا أذنت له من غير تعيين الزوج، وجوزناه.

قال[3] : **بغير رضاها**، أي: بترك الكفاءة، **أو بغير[4] رضا بقية الأولياء** - أي: برضاها- **فالنكاح باطلٌ**.

أمَّا إذا [كانت مجبَرة][5] ؛ فلأنه تصرف على خلاف الغِبطة، وإذا لم يصح التصرف في المال على خلاف الغبطة، فالتصرف في البُضع أولى.

وأمَّا إذا كانت غير مجبَرة؛ فلأنه عقد في حق الغير بغير إذنه فلم يصح كبيع مال الغير [بغير][6] بإذنه.

قال: **وقيل: فيه قولان:**

أحدهما: [أنَّ النكاح][7] باطل؛ لما ذكرناه.

والثاني: أنه صحيح، ويثبت[8] ولها الخيار، أي: في المسألة الأولى، [وللأولياء][9] في الثانية؛ لأن النقصان يقتضي الخيار لا البطلان؛ كما لو اشترى معيبًا.

وروى القاضي ابن كجٍّ طريقةً أخرى فيما إذا كانت مجبرةً، وهي تنزيل القولين على حالين: إن علم الولي عدم الكفاءة فالنكاح باطل، وإلا فصحيح.

فرع: لو كانت صغيرة عند العقد تخيرت إذا بلغت، وحكى الإمام وجهًا: أنها لا تتخير، وعليها أن ترضى بعقد الأب، وهل للولى الخيار [في صغرها][10] ؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ كما لو اشترى للصغير[11] معيبًا.

والثاني: لا؛ لأنه يتعلق[12] بالشهوة والطبع، فلا تجري فيه النيابة.

---

(١) سقط في ب.
(٢) في ب: إذا.
(٣) في ب: وقال.
(٤) في ب: وغير، وفي التنبيه: وبغير.
(٥) في س: كان مجبرًا.
(٦) سقط في ب، د.
(٧) في س: أنه.
(٨) في ب: ثبت.
(٩) في د: والأولياء.
(١٠) سقط في س.
(١١) في د: الصغير.
(١٢) في ب: لا يتعلق.

وهذا الخلاف مخصوص بما إذا جهل الولي حال الزوج، فإن علم فلا خيار له .كذا قاله الحناطي وصاحب «التهذيب» والإمام، وطرده القاضي ابن كجٍّ وآخرون في حالتى الجهل والعلم، وقالوا: إنه ليس عاقدًا لنفسه حتى يلزم حكم علمه.

وذكر مجلي عند العراقيين القولين في أن الولي هل يختار في حال الصغر أم لا؟ أحدهما: أنّ له ذلك، ولم يفرقوا بين العلم والجهل.

والثاني: التفرقة بين حالتى العلم والجهل؛ فيثبت في حال الجهل دون حال العلم.

قال: ولا يصح النكاح إلا بحضرة[1] **شاهدين،** أي: مكلفين ذكرين، حرين [عدلين][2] **مسلمين،** أي: وإن كانت الزوجة ذميّة، **عدلين،** أي: في الظاهر، ويكونان ممن تقبل شهادتهما لكل واحدٍ من الزوجين وعليه.

وإنما اعتبرنا حضور الشاهدين؛ لقوله - ﷺ-: «لا نِكَاحَ إلا بِوَلِيٍّ مُرْشِدٍ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ»[3]، والمعنى فيه: الاحتياط للأبضاع، وصيانة للنكاح عن الجحود، ولأن القصد من النكاح الاستمتاع وطلب النسل؛ فشرع فيه الإشهاد وجوبًا؛ لحفظ النسب وزوال التهمة.

وإنما اعتبرنا الذكورة؛ لظاهر الخبر؛ لأن[4] لفظ «الشاهدين» يقع على ذكرين، وعلى ذكر وأنثى، والثاني غير مراد؛ لأن الخصم يوافق عليه؛ فتعين الأول.

ولأنه ليس بمال، ولا المقصود منه المال، ويطلع عليه الرجال؛ فلا يستقل به النساء، ولا يستتبع الرجال فيه النساء؛ قياسًا على القصاص.

وإنما اعتبرنا الحرية [والتكليف][5] والإسلام؛ لأن المقصود بحضور الشاهدين لا يحصل بدون ذلك.

وإنما اعتبرنا العدالة، وهي ترك الفسق؛ لظاهر الخبر، ولأن النكاح لا يثبت بشهادة الفاسقَيْنِ؛ [فلا ينعقد بحضورهما كالعبدين.

ونقل الجيلي قولاً: [أنه ينعقد بشهادة الفاسقين][6].

فإن قيل: ما الفرق بين تحمل الشهادة في النكاح وبين سائر التحملات؛ حيث لا تعتبر فيها الصفة المعتبرة حال أداء الشهادة؟

(١) في ب: بحضور.
(٢) سقط في ب، د.
(٣) تقدم.
(٤) في س: ولأن.
(٥) في س: التكليف.
(٦) سقط في س.

فالجواب: أن سائر التحملات[(١)] ليست بواجبة، بخلاف التحمل هنا؛ فإنه واجبٌ، فأشبه حالة الأداء في غيره.

ويشترط في كل من الشاهدين: أن يكون سميعًا ولو كان بعد مشقةً.

وفي الأصم وجه: أنه ينعقد بحضوره، حكاه الجيلي. وهل يشترط أن يكون ناطقًا وبصيرًا، وغير ملابسٍ لحرفة دنَّية كالصّبّاغ والصائغ وغيره؟ فيه وجهان، والأصح في الأعمى: عدم الانعقاد [وعليه ينطبق قول الشيخ، فإن كان عقدًا أو إقرارًا فلا بد من مشاهدة العاقد][(٢)]، وقيل في «التتمة»: الخلاف في الأخرس[(٣)] بما إذا كانت [له إشارة][(٤)] مفهمة، وقلنا: لا تقبل [شهادته][(٥)].

وهل[(٦)] ينعقد بحضور ابنى الزوجين أو أحدهما؟ فيه أربعة أوجه:

أحدها: ينعقد؛ لأنهما من أهل الشهادة في النكاح على[(٧)] الجملة.

والثاني: لا يصح؛ إذ[(٨)] لا يحصل المقصود منهما من[(٩)] إثبات النكاح عند التناكر.

والثالث: إن كانا ابنى أحدهما صحّ؛ لأن إثباته ممكن من الجانب [الآخر، وإن كان][(١٠)] أحدهما للزوج، والآخر للزوجة، [أو كانا ابنيهما][(١١)] - لم يصح؛ لأنه لا يمكن إثباته من كل جانب.

والرابع: إن كانا ابنى الزوج لم يصح؛ لأنه لا يقدر على إثبات النكاح بشهادتهما عند إنكارها، وإن كانا ابنى الزوجة صح؛ لأن الزوج يقدر على الإثبات بشهادتهما عند إنكارها، والمرأة لا تحتاج إلى الشهادة؛ لإثبات الحِلِّ[(١٢)]؛ فإنه يندفع بإنكار الزوج، ثم إن احتاجت إلى إثبات المهر والنفقة، فالمقصود الأصلى من النكاح الحِلُّ، والشهادة شرط لإثباته.

والوجه الأول والثالث[(١٣)] حكاهما العراقيون لا غير، ولا خلاف بين الأصحاب أنه لو حضر أربعة: [ابنان للزوج، وابنان للزوجة][(١٤)] صح.

---

(١) زاد في س: أن التحملات.
(٢) سقط في ب، س.
(٣) في س: الآخرين.
(٤) في س: إشارته.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: وهو.
(٧) في س: في.
(٨) في س: لأنهما.
(٩) في س: في.
(١٠) في س: وإن كانا ابنيهما أو.
(١١) سقط في س.
(١٢) في د: الحمل.
(١٣) في س: والثاني.
(١٤) في ب، د: أبناء الزوج وأبناء الزوجة.

ويجرى الخلاف فيما لو حضر الزوج وجد الزوجة، [أو أبوه][(١)] وجدها.

ولو حضر أخو المرأة والمزوِّج أخ ثالث، فهل يصح النكاح؟ فيه جوابان حكاهما الرافعي عن «فتاوى» الفراء[(٢)] قبل كتاب الصداق، ووجه المنع: أن الشرع جعل المباشر نائبًا عن الباقين فيما توجه[(٣)] عليهم.

ويعتبر - أيضًا - أن يكون الشاهد خالصًا من العداوة بينه وبين الزوجين، والتفصيل في العداوة كالتفصيل في البنوة حرفًا بحرفٍ، ومنهم من قطع بالانعقاد؛ لأن العداوة قد تزول.

فرع: العجمي الذي لا يعرف لسان[(٤)] المتعاقدين، إذا كان لا يضبط اللفظ لا ينعقد بحضوره، وكذلك المُغَفَّل، وإن كان العجمي يضبطه فوجهان.

ولو كان الشاهد يحفظ ثم ينسى عن قريب انعقد بحضوره.

قال: فإن عقد بشهادة مجهولين - أي[(٥)]: جهل حالهما في الفسق والعدالة الباطنة دون العدالة الظاهرة - جاز على المنصوص، وهو الصحيح من المذهب، ولم يحك ابن الصباغ سواه، وادعى البغوي فيه الوفاق؛ لأن النكاح يجرى فيما بين أوساط الناس والعوام، ولو كلفوا بمعرفة[(٦)] العدالة الباطنة لطال الأمر وشقّ.

وقيل: لا يجوز؛ لظاهر الخبر، ولأن الفسق يؤثر، والعدالة شرط في صحة النكاح؛ فالجهل به يقتضي التوقف كالإثبات عند الحاكم، وكذلك الخلاف جارٍ فيمن جُهلت حريته أو رقه، لكن على العكس من ذلك. هذا قول الجمهور.

[وحكى][(٧)] المتولي عن القاضي الحسين: أنه كان يقول: مثل هذين المستورين لا ينعقد النكاح بشهادتهما؛ إذ[(٨)] ليس الأصل اجتماع الشرائط، بل الأصل عدمها، ولكن صورة المستورين أن يكون قد عُرفت عدالتهما مرة وخُبِرَ حالهما، ومضى على ذلك مدة، ولا يعلم هل هما على ما كانا عليه، أو قد تغير حالهما، فالعقد ينعقد بشهادتهما؛ لأن الأصل بقاؤهما على العدالة.

فروع[(٩)]:

لو أراد الحاكم أن يزوج امرأة، قال الرافعي: من أصحابنا من قال: ليس له أن

---

(١) في ب: وأبوه.
(٢) في ب: العراقيين.
(٣) في ب: إذا توجه.
(٤) في س: بلسان.
(٥) في س: جاز أي.
(٦) في س: معرفة.
(٧) في س: لكن حكى.
(٨) في د: و.
(٩) في س: فرع.

يعقد إلا بشهادة شاهدين باطنهما[(١)] العدالة؛ لأن الحاكم من أهل الاجتهاد؛ فلا يشق[(٢)] عليه البحث عن العدالة[(٣)] الباطنة.

وفي «التتمة»: أن الصحيح انعقاد العقد بشهادة المستورين؛ لأن الحاكم فيما طريقه المعاملة مثل غيره: لو بان أنهما كانا[(٤)] فاسقين عند العقد ببينة، أو بإقرار الزوجين - حكم ببطلان النكاح، كما لو بانا أنهما [كانا][(٥)] رقيقين، أو كافرين. وقيل: على قولين، ووجه الصحة: الاكتفاء بالستر يومئذٍ، والأصح: البطلان، ولو اعترف الشاهدان بالفسق، وأنكره الزوجان، فلا [تأثير لإقرارهما][(٦)].

لو أخبر عدل واحد عن فسق المستور، فهل يزيل إخباره الستر حتى لا ينعقد النكاح بحضوره؟ وإن زال فيُنْحَى بإخباره نحو[(٧)] الرواية، أو نقول: هو شهادة فلا نعتبر إلا قول من تحرَّج عند القاضي؟ تردد[(٨)] في ذلك الإمام.

قال: ولا يصح إلا على زوجين معينين؛ لأن أعيانهما مقصودة بالنكاح، فوجب تعيينهما؛ كالثمن والمثمَّن في البيع.

والتعيين في الزوجة:

تارة يكون بالإشارة: كهذه، وهي مسفرة عن وجهها.

وتارة بذكر النسب فقط: [كبنتي][(٩)]، ولا ابنة له سواها.

وتارة بالاسم والنسب: كفاطمة بنت زيدٍ، ويرفع في نسبها، [أو: ابنتي][(١٠)].

وتارة بالنسب والصفة: كابنتي الصغرى، أو: الكبرى، أو: الوسطى، إن كنّ ثلاثًا.

وتارة بالنسب والنية؛ كما[(١١)] حكاه العراقيون وصاحب «التهذيب»: كابنتي، وله بنتان فأكثر، مع نيتهما واحدةً بعينها.

واعترض الشيخ مجلي على ذلك، فقال: النكاح عقد يفتقر إلى الشهادة، ولا مُطَّلَع[(١٢)] للشهود على النية؛ [ولذلك][(١٣)] حكمنا بأن النكاح لا ينعقد بالكناية مع النية.

أمَّا لو قال: زوجتك هذه، واقتصر عليه، وهي منقبة -قال في «التتمة»: لا يصح

---

(١) في ب: باطنها.
(٢) في س: يمس.
(٣) في س: الشهادة.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في ب، س.
(٦) في س: مبالاة بإقرارهما.
(٧) في س: كنحو.
(٨) في د: وتردد.
(٩) سقط في س.
(١٠) سقط في س.
(١١) في د: على ما.
(١٢) في د: يطلع.
(١٣) في د: لذلك.

العقد؛ لأنها مجهولة؛ كما لا يتحمل الشهادة عليها إلا بعد مشاهدتها، أو معرفته لاسمها ونسبها.

وقال في «الشامل»: يصح، لكنه لم يفرض الصورة فيما إذا كانت منقبة، بل أطلق [الصورة][(١)]، وهكذا الرافعي، ثم قال: وفي معناه ما إذا كانت في الدار، فقال: زوجتك [التي في الدار، وليس فيها غيرها.

ولو كانت له ابنة اسمها فاطمة، ولا ابنة له سواها، فقال: زوجتك][(٢)] فاطمة - لم يصح إلا أن ينوياها، واعترض ابن الصباغ على ذلك بمثل ما اعترض به مجلي [من قبل.

قال مجلي][(٣)]: وهذا إنما يتجه فيما ذكرناه؛ لأن اللفظ مجمل، أمَّا في هذه المسألة فلا إجمال مع التسمية، وقد قصد من له العقد عليها.

ولو قال قائلٌ: لا يفتقر إلى القصد من جهتها، لكان محتملاً؛ إذ القرينة تحمل[(٤)] العقد عند الإطلاق على من يصح العقد عليها وهي ابنته؛ فإن العادة أن الإنسان لا يتصرف إلا في محل [يملك التصرف][(٥)] فيه.

قلت: ويؤيده ما إذا قال: زينب طالق، وكان اسم زوجته زينب؛ فإنه ينصرف الطلاق إليها على المذهب.

ولو قال: زوجتك ابنتى فلانة - وسمّاها [بغير اسمها][(٦)] - فالأصح الصحة؛ لأن البنتيَّة صفة لازمة.

حكاه[(٧)] المتولي والبغوي، وهذا الخلاف مبني على الخلاف فيما إذا قال: بعتك هذا الفرس، وإذا هو بغل. قال مجلي: والبناء لا يصح؛ لأن الأوصاف في البيوع مقصودة؛ ولهذا تختلف الأيمان بها فهي المقصودة بالبيع، [ويثبت][(٨)] بالحلف فيها الخيار للمشتري، والنكاح بخلافه.

ولو قال: زوجتك هذه فلانة - وسمَّاها بغير اسمها - فالأصح في «التتمة»: الصحة، والمحكى في «الإبانة» عن المذهب خلافه، وهو الذي جزم به في «التهذيب» و«الشامل».

---

(١) في د: لكن.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في س.
(٤) في د: تحملت.
(٥) في ب: يتصرف الملك.
(٦) سقط في س.
(٧) في ب: حكاها.
(٨) في ب: وثبت.

وفي «المهذب» جزم بالصحة فيما إذا قال: زوجتك هذه فلانة[(١)].

ولو قال: زوجتك هذا الغلام، وأشار إلى ابنته - حكى القاضي الروياني عن الأصحاب: أنه يصح النكاح؛ تعويلاً على الإشارة.

والتعيين في [الزوج][(٢)] أن يشافهه، أو يقول: زوجت هذا - إن كان حاضرًا - أو يسميه ويرفع في نسبه إن كان غائبًا.

قال: «والمستحب[(٣)] **أن يخطُب قبل العقد**» [أي: عند الخِطبة][(٤)]؛ لما روى أبو هريرة - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - قال: «كُلُّ كَلَامٍ لَمْ يُبْدَأْ فِيهِ بِالْحَمْدِ فَهُوَ أَجْذَمُ»[(٥)]، ويستحب أن يأتي بالخطبة التي رواها ابن مسعود عن

---

(١) قوله: ولو قال: زوجتك هذه فلانة، وسماها بغير اسمها، فالأصح في التتمة الصحة.
والمحكي في الإبانة عن المذهب خلافه، وهو الذي جزم به في التهذيب والشامل.
وفي المهذب: جزم بالصحة فيما إذا قال: زوجتك هذه فلانة. انتهى كلامه.
وهذا النقل عن الإبانة، والتهذيب، والشامل غلط، أما الإبانة فالصحيح فيها الصحة، فإنه قال: في الباب الثالث في حكم التزويج: ولو أخطأ في التسمية، فقال: زوجني بنتك فاطمة، وكان اسمها عائشة، فقال: زوجتك؛ لم يصح إلا أن يشير إليها، فيقول فاطمة هذه، فعلى وجهين، الصحيح يصح بناء على أنه لو قال: بعت منك هذا البغل فإذا هو فرس، هذا لفظه.
وأما التهذيب، والشامل فإن فيهما الجزم بالصحة، فأما البغوي فقال: ولو قال: زوجتك فاطمة ولم يقل ابنتى، وله ابنة واحدة، لم يصح؛ لأنه لم يميز ابنته من غيرها.
فإن نوها جاز، ولو قال: زوجتك ابنتي فاطمة، وله بنت واحدة اسمها عائشة، يصح؛ لأن قوله ابنتي صفة لازمة لا تتعدى، فاعتباره أولى من اعتبار الاسم الذي يتعدى.
وقيل: لا يصح، والأول أصح؛ كما لو أشار إليها فقال: زوجتك هذه فاطمة، وكان اسمها عائشة صح؛ لأن الإشارة ألزم، فالخطأ في الاسم لا يضر. هذا كلامه.
والمسألة التي ذكرها آخرًا هي مسألتنا، وقد ظهر لك أن البغوي جزم فيها بالصحة على عكس ما قاله المصنف.
وذكر في الشامل أيضًا نحوه، وكأنه غلط؛ فأجاب بالحكم الذي ذكره البغوي أولًا، وقد ذكر مثله في الشامل. [أ و].

(٢) في ب: النكاح. (٣) في التنبيه: ويستحب. (٤) سقط في س.

(٥) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٦١) كتاب الأدب: باب الهدى في الكلام، حديث (٤٨٤٠)، وابن ماجه (١/ ٦١٠) كتاب النكاح، باب: خطبة النكاح، حديث (١٨٩٤)، وأحمد (٢/ ٣٥٩) والنسائي في عمل اليوم والليلة، رقم (٤٩٤)، والدار قطني (١/ ٢٢٩) رقم (١)، وابن حبان (٥٧٨- موارد) وبرقم (١، ٢- الإحسان)، والبيهقي (٣/ ٢٠٨، ٢٠٩) كتاب الجمعة، باب: ما يستدل به على وجوب التحميد في خطبة الجمعة، كلهم من طريق الأوزاعي، عن قرة، عن الزهري، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة....... به.
قال أبو داود: رواه يونس وعقيل وشعيب وسعيد بن عبد العزيز عن الزهري عن النبي ﷺ مرسلا. اهـ،

النبي ﷺ وهي:

= وكذا قال البيهقي.
وقال الدارقطني: تفرد به قرة عن الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة وأرسله غيره عن الزهري عن النبي ﷺ وقرة ليس بقوي في الحديث، والمرسل هو الصواب.
ورجح المرسل أيضا الدارقطني في العلل (٨/ ٢٩-٣٠) فقال: يرويه الأوزاعي واختلف عنه فرواه عبيد الله بن موسى، وابن أبي العشرين، والوليد بن مسلم، وابن المبارك، وأبو المغيرة، عن الأوزاعي، عن الزهري كذلك لم يذكر قرة، ورواه وكيع عن الأوزاعي عن قرة عن الزهري، قال رسول الله ﷺ مرسلا. ورواه محمد بن سعيد يقال له الوصيف عن الزهري عن ابن كعب بن مالك عن أبيه، والصحيح عن الزهري، المرسل، اهـ.
أما الحاكم رحمه الله فقد صحح لقرة بن عبد الرحمن على شرط مسلم حديث: (حذف السلام سنة)، ووافقه الذهبي.
قلت: وهذا من أوهامهما - رحمهما الله - فإن قرة بن عبد الرحمن لم يرو له مسلم احتجاجا، ولكن روى له في المتابعات، فلا نستطيع مثلا أن نصحح لقطن بن نسير أو غيره ممن روى له مسلم في المتابعات، على شرط مسلم.
والعجب من الذهبي في موافقته للحاكم أكثر لأنه أورد قرة بن عبد الرحمن في ميزانه (٥/ ٤٧٠- بتحقيقنا) وقال: خرج له مسلم في الشواهد اهـ.
قلت: ومدار الحديث على قرة بن عبد الرحمن فإليك أقوال الأئمة فيه.
قال أبو حاتم: ليس بقوي، وقال أبو زرعة: الأحاديث التي يرويها مناكير، وقال أحمد: منكر الحديث جدا.
وقال ابن معين: ليس بقوي الحديث.
وقال العجلي: يكتب حديثه.
وقال ابن شاهين عن يحيي: ليس به بأس عندي وقال الفسوي ثقة.
وقال ابن عدي: أرجو أنه أنه لا بأس به، وقد لخص الحافظ هذه الأقوال: فقال: صدوق له مناكير.
ينظر: الجرح والتعديل (٧/ ١٣٢)، وأحوال الرجال ص (١٦٥) سؤالات ابن طهمان (٦٣٩) وثقات العجلي (١٣٨٥)، وثقات ابن شاهين (١١٦٣)، والمعرفة والتاريخ (٢/ ٤٦٠) والكامل (٦/ ٢٠٧٧) والتقريب (٢/ ١٢٥).
قلت: وعلى افتراض أن قرة ثقة فقد خالفه الأكثرون من أصحاب الزهري وهم يونس وعقيل وشعيب وسعيد بن عبد العزيز، وهم بلا شك أكثر وأثق من قرة بن عبد الرحمن.
وهذا الذي رجحه الدار قطني وأبو داود والبيهقي ثم إن قرة قد اضطرب في لفظ هذا الحديث فمرة يرويه بلفظ: أبتر، ومرة بلفظ: أجذم، ومرة بلفظ: أقطع.
ومع كل ما تقدم فقد حكم النووي في المجموع (١/ ٧٣) بأنه حديث حسن، وكذلك ابن الصلاح فيما نقله عنه السبكي في طبقات الشافعية الكبرى (١/ ٩) وقد حكم السبكي أيضا بصحته تبعا لابن حبان.
ولهذا الحديث إسناد آخر أشار إليه الدارقطني في السنن (١/ ٢٢٩) فقال: ورواه صدقة عن محمد بن سعيد، عن الزهري، عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك، عن أبي عن النبي ﷺ.
وأشار إليه أيضا في العلل (٨/ ٣٠) فقال: ورواه محمد بن سعيد يقال له: الوصيف عن الزهري عن =

«الْحَمْدُ لِلَّهِ نَحْمَدُهُ وَنَسْتَعِينُهُ وَنَسْتَغْفِرُهُ، وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا وَسَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا، مَنْ يَهْدِ اللَّهُ فَلا مُضِلَّ لَهُ، وَمَنْ يُضْلِلْ فَلا هَادِيَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنْ لا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ، ﴿وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [النساء: ١]، ﴿ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٢]، ﴿ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوْلًا سَدِيدًا﴾ [الأحزاب: ٧٠] إلى قوله: ﴿فَوْزًا عَظِيمًا﴾»[١] [الأحزاب: ٧٣]، هكذا قال[٢] ابن الصباغ والمتولي عن ابن مسعود، ثم قالا: ويستحب أن يقول[٣] في آخرها: والنكاح مما أمر الله به، وندب إليه. ويقرأ ما يناسب ذلك من الآيات، ويذكر ما في ذلك من الأخبار، ويستحب أيضًا أن يخطب خطبةً ثانية عند عقد النكاح، فيقول الولي: بسم الله، والحمد لله، وصلى الله على رسول الله، أوصيكم بتقوى الله: زوجتك فلانة، [ويقول][٤] الزوج: قبلت هذا النكاح. أو يخطب الزوج ابتداءً، ثم يقول: تزوجت منك فلانة، فيقول الولي: زوجتك.

ولو خطب الزوج والولى فهل يصح النكاح؟ فيه وجهان، أصحهما الصحة؛ لأنها من مقدمات القبول، فلا تقطع الموالاة بين الإيجاب [والقبول][٥] كالإقامة بين صلاتى الجَمْع.

قال [الإمام][٦]: وهذا تكلف عندنا؛ فإنه لو تخلل بين صلاتى الجمع بمقدار الإقامة - ما لم يكن لمصلحة الصلاة - لم يضر أصلاً، [وموضع][٧]

= ابن كعب بن مالك عن أبيه.
وأخرجه الطبراني في الكبير (١٩/ ٧٢) رقم (١٤١)، من طريق صدقة بن عبد الله عن محمد ابن الوليد الزبيري، عن الزهري، عن عبد الله بن كعب، عن أبيه، عن النبي ﷺ ... به.
ومن طريقه السبكي في طبقات الشافعية (١/ ١٤) وصدقة بن عبد الله ضعيف.
والحديث ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٢/ ١٩١) وقال: وفيه صدقة بن عبد الله ضعفه أحمد والبخاري ومسلم وغيرهم ووثقه أبو حاتم ودحيم في رواية.

(١) أخرجه أحمد (١/ ٣٩٢)، وأبو داود (٢/ ٢٣٨) كتاب النكاح، باب: في خطبة النكاح برقم (٢١١٨)، والترمذي (٢/ ٣٩٨) أبواب النكاح، باب: ما جاء في خطبة النكاح برقم (١١٠٥)، والنسائي (٣/ ١٠٤، ١٠٥) كتاب الجمعة، باب: كيفية الخطبة، وابن ماجه (٣/ ٣٣٦) كتاب النكاح، باب: خطبة النكاح برقم (١٨٩٢)، والحاكم (٢/ ١٩٩)، والبيهقي (٣/ ٢١٤).
(٢) في د: قاله. (٣) في ب: يكون. (٤) في س: فيقول.
(٥) سقط في ب. (٦) سقط في ب. (٧) في س: وهو موضع.

الوجهين ما إذا لم يَطُلِ الذكر بينهما، فإن طال قطعنا ببطلان العقد، قاله الإمام والبغوي والمتولي.

قال الرافعي: وكان يجوز أن يقال: إذا كان الذكر مقدمة القبول وجب ألاَّ تضر إطالته؛ لأنها لا تشعر بالإعراض.

قال: وأن يقول قبل العقد: أزوجك على ما أمر الله به من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، روى ذلك عن [ابن](١) عمر، رضي الله عنهما(٢).

ومعناه: أن كل زوج مؤاخذ في أدب الدين بأن يمسك حليلته بمعروف أو [يسرِّح](٣) بإحسان، وإنما استحب ذلك قبل العقد؛ حتى لا يقع شرطًا في العقد، ولو قيد الولي كلامه بذلك فقال: زوجتكها(٤) على أن تمسكها بمعروف أو تسرحها بإحسان، فقبل الزوج النكاح مطلقًا، أو صرح بالتزام ما شرط عليه - قال الإمام: فلأصحابنا وجهان في صحة النكاح، والذي أراه أنهما إن أجرياه شرطًا مُلتزَمًا(٥) فالوجه البطلان، وإن قصدا(٦) الوعظ دون الالتزام(٧) لم يضر، وإن أطلقا احتمل أن يحمل على الشرط، و[إن](٨) احتمل أن يحمل على [الوعد](٩).

قال: ولا يصح إلا بلفظ «التزويج» أو «الإنكاح»؛ لقوله - ﷺ - في خطبة الحج: «اتَّقُوا اللهَ فِي النِّسَاءِ؛ فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللهِ، وَاستَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللهِ»(١٠)، وليس في القرآن والسنة كلمة مستعملة في العقد إلا هاتين الكلمتين.

ولأن من شرط صحته الإشهاد، والشهود لا مُطَّلَعَ لهم على أكثر من الألفاظ الصادرة من المتعاقدين، وغير هذين اللفظين لا يشعر بمقصودهما(١١) بمجرده، وانضمام النية إلى اللفظ لا يطلع الشهود عليها؛ فلم يصح.

ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح؛ فلا ينعقد به النكاح؛ كلفظ الإباحة والتحليل.

---

(١) سقط في ب. (٢) في ب، س: عنه. (٣) في د، س: تسريح.
(٤) في س: زوجتها زوجها. (٥) في د: ملزمًا.
(٦) في ب: قصد. (٧) في د: الإلزام. (٨) سقط في ب، د.
(٩) في س: الوعظ.
(١٠) جزء من حديث طويل أخرجه مسلم (٢/ ٨٨٦)، كتاب الحج، باب: حجة النبي ﷺ (١٤٧/ ١٢١٨)، والترمذي (٣/ ٤٦٧)، كتاب الرضاع، باب: ما جاء في حق المرأة (١١٦٣)، وابن ماجه (١/ ٥٩٤)، كتاب النكاح، باب: حق المرأة (١٨٥١).
(١١) في س: بمقصوده.

ولأن النكاح ينزع إلى العبادات؛ لورود الندب فيه، والأذكار في العبادات تتلقى من الشرع، والوارد من الشرع هذان اللفظان، ولا يشترط توافق اللفظين[١] حتى لو قال: زوجتك فقال الزوج: قبلت نكاحها - صح العقد.

ولو قال: أنكحتك، فقال: رضيت نكاحها - حكى الوزير ابن هبيرة[٢] أنه يصح. ولم أره لغيره[٣].

فرع: نكاح رسول الله - ﷺ - هل كان ينعقد بلفظ الهبة؟ فيه وجهان محكيان في «الشامل»:

أحدهما: لا ينعقد كنكاح غيره.

والثاني: نعم؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱمۡرَأَةً مُّؤۡمِنَةً﴾ [الأحزاب: ٥٠] إلى قوله: ﴿خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَۗ﴾ [الأحزاب: ٥٠].

وفي هذا دليل على الخصم في كونه يُجَوِّز النكاح بلفظ الهبة لغيره، عليه السلام.

والقائل الأول حمل الهبة في الآية[٤] على هبة المهر.

وعلى هذا فقد اختلف الأصحاب في كيفية العقد على وجهين في «البحر»:

أصحهما: [أن تقول: وهبت نفسي،][٥] فيقول - ﷺ -: اتهبت، أو: قبلت.

---

(١) في س: اللفظ. (٢) في س: ابن أبي هريرة.

(٣) قوله: ولو قال: أنكحتك، فقال: رضيت نكاحها، حكى الوزير ابن هبيرة أنه يصح، ولم أره لغيره. انتهى كلامه.

فيه أمور:

أحدها: أن كلامه يشعر بأن الوزير المذكور شافعي، وليس كذلك، بل هو حنبلي المذهب، واسمه يحيى، ويلقب بعون الدين، صنف كتبًا كثيرة في علوم متعددة، وغالبها فيما يتعلق بالحديث، ومنها: تصنيف مشهور قريب من حجم التنبيه فيما اتفقت عليه الأئمة الأربعة، وهو الكتاب الذي نقل المصنف منه هذه المسألة. ولد -رحمه الله- بقرية من قرى بغداد، وتوفي ببغداد فجأة سنة ستين وخمسمائة. عن أربعة وستين سنة، وأقام في الوزارة نحو سبع عشرة سنة، ذكره ابن خلكان في تاريخه. والمصنف مع ما اتصف به من جلالة القدر في المذهب، كان قليل المعرفة بالأصحاب وبالتصانيف.

الأمر الثاني: أن كلامه يشعر بأن ابن هبيرة هو القائل بذلك، وقد راجعت كلامه فوجدته قد نقلها عن الشافعي، فاعلمه.

الثالث: أن الإمام قد ذكر المسألة في النهاية في فصل، أوله قال: ولو زوجها الولي، ذكر ذلك في سياق النكاح والبيع جميعًا، إلا أن مثل بالبيع، ثم قال: ولا يبعد انعقاد البيع به، ولم يذكر نقلًا يخالف ذلك. [أ و].

(٤) في س: الإبانة. (٥) في س: أنه يقول هبيني.

والثاني: لا بد في جانبه من لفظ النكاح. وعلى الوجهين لا مهر.

تنبيه: قول الشيخ: إلا بلفظ «الإنكاح» أو «التزويج»، يعرفك أنه لا ينعقد بكتابة ذلك، وقد حكى الهروي فيه وجهين في حق النائب، وقطع بالمنع فيما إذا كانا حاضرين.

وفي «الوسيط» في كتاب الطلاق حكاية الخلاف فيه.

ويشترط على قول الصحة: أن يقبل الزوج في مجلس بلوغ الخبر.

قال الغزالي: أو يكتب على الفور، [وأن يقع][(١)] القبول بمحضر شاهدى الإيجاب، فلو حضر غيرهما فوجهان، [وأنه][(٢)] لو كان الزوج غائبًا، فخاطبه الولي [بالنكاح][(٣)] بلسانه، فقال: زوجتك ابنتى فبلغه الخبر، فقال: قبلت نكاحها - أنه[(٤)] يصح؛ لوجود لفظ «التزويج».

وفي «التهذيب» حكاية وجهين فيه، وأن الأصح عدم الصحة.

قال الرافعي: وقد يستبعد خطاب الغائب بقوله: زوجتك ابنتي؛ لأن مكالمة الغائب بخطاب الحاضر ضربُ سَفَهٍ، وبهذا يُعْتَذَرُ عن الشيخ لمن ادعى تناول كلام الشيخ لهذه الصورة، والله أعلم.

قال: «**فإن قال: زوجتك [أو أنكحتك]**[(٥)]**، فقال: قبلت - ولم يقل: نكاحها، ولا**[(٦)]**: تزويجها - فقد قيل: يصح**»، وهو المحكى في «الإملاء»؛ لأن الخطاب يصير معادًا في كلامه، فانعقد به كما في البيع وسائر العقود؛ بجامع ما اشتركا فيه من افتقار كل منهما إلى إيجاب وقبول.

قال: وقيل: لا يصح، وهو الأصح والمنصوص في «الأم»[(٧)]، وظاهر كلامه في «المختصر»؛ لأنه لم يوجد منه التصريح بواحدٍ من لفظى النكاح والتزويج فلم ينعقد؛ كما لو قال رجلٌ للولي: زوجتها[(٨)] من هذا، فقال: نعم. ويخالف البيع؛ فإنه يراعى فيه اللفظ الصريح؛ لأن الشهادة على التحمل فيه شرط، وما يقدَّر من كون الخطاب معادًا في الجواب فكأنه كناية، والنكاح لا ينعقد بالكنايات.

---

(١) في د: وارتفع.
(٢) في ب، س: أنه.
(٣) سقط في س.
(٤) في د: لم.
(٥) سقط في س.
(٦) في التنبيه: أو.
(٧) زاد في التنبيه: وقيل على قولين.
(٨) في د: تزوجتها.

ولو قال: قبلت النكاح، ولم يضف «النكاح» إليها، أو قال: قبلتها، ولم يذكر النكاح - ففيه خلاف مرتبٌ على الخلاف في المسألة قبلها، وهاهنا أولى بالصحة؛ للتصريح بالنكاح في الصورة(١) الأولى، والإضافة إلى المنكوحة في الثانية.

وأجرى مُجرون الخلاف فيما إذا قال: [زوجني، أو: أنكحني، فقال الولي: قد فعلت ذلك، أو: نعم، وفيما إذا قال](٢) الولي: زوجتكها، أو: أنكحتها أفقبلت؟ قال(٣): نعم، وكذا لو قال: نعم، من غير قول الولي: أفقبلت؟ ومنهم من قطع بالمنع.

وفي نظائر هذه الصور من البيع ينعقد على الأصح كما حكيناه ثَمَّ.

ولو قال الزوج: زوجت نفسى من بنتك(٤)، فقال الولي: قبلت النكاح [أو قال: أبو الطفل: زوجت ابنى من ابنتك، فقال الولي: قبلت النكاح](٥) - فهل ينعقد؟ قال في «التتمة»: ذلك ينبني على أن الزوج في النكاح: هل [هو](٦) معقود عليه أم لا؟ وفيه طريقان: فإن قلنا: إنه غير معقود عليه، فالعقد باطل، وإن قلنا: إنه معقود عليه، فعن الشيخ [أبي](٧) سهل الأبيوردي: أن العقد صحيح، وساعده عليه الشيخ أبو عاصم.

وذكر القاضي الحسين: أن العقد لا يصح.

ويشترط في الصور كلها:

أن يصر العاقد على الإيجاب حتى [يوجد](٨) القبول؛ فلو رجع قبله(٩) لغا. وكذا لو أوجب، ثم زال عقله بجنون [أو إغماء - لغا](١٠)، وامتنع القبول.

وأن يقع القبول عقيب الإيجاب على وجه الجزم؛ فلو كان هازلاً أو الموجبَ ففي انعقاده خلاف، والراجح عند الغزالي: عدم الانعقاد، وإن كان الحديث يقتضي إلحاقه بالطلاق، وطلاقه واقع.

ولو تخلل بينهما [كلام كثير](١١)، أو سكوت طويل بحيث يعد القائل مُعْرِضًا عن الإيجاب - لم يصح.

وحكى القاضي أبو سعد الهروي: أن العراقيين من أصحابنا اكتفوا بوقوع

---

(١) في س: المسألة.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: فقال.
(٤) في س: نفسك.
(٥) سقط في ب، د.
(٦) سقط في س.
(٧) سقط في س.
(٨) في س: يؤكد.
(٩) في س: بقلبه.
(١٠) في س: وإغماء.
(١١) في س: زمان طويل.

القبول في مجلس الإيجاب، وقالوا: حكم نهاية المجلس [حكم][(١)] بدايته، كذا حكاه الرافعي.

فإن[(٢)] كان السكوت [يسيرًا][(٣)] بحيث لا يعد معرضًا عن الإيجاب، لم [يضر][(٤)].

وإن كان الكلام يسيرًا أجنبيًّا عن العقد، فهل يمنع ذلك صحة العقد؟ فيه وجهان منقولان في «النهاية» عند الكلام في الخطبة.

وقال الرافعي عند الكلام في الاستثناء [في الطلاق][(٥)]: إن الأصح أنه لا يقطع[(٦)] الاتصال[(٧)].

قال: فإن[(٨)] **عقد بالعجمية**[(٩)] - أي: بلفظ ليس بعربيٍّ- وأتى بالمعنى الخاص من التزويج أو الإنكاح - **لم يصح**؛ لأنه [ترك][(١٠)] اللفظ المشروع مع القدرة عليه؛ فصار كما لو عدل إلى لفظ «التمليك» [أو «الإباحة»][(١١)].

قال: **وإن لم يحسن صحّ على ظاهر المذهب**؛ لأنه لفظٌ لا إعجاز فيه، فصح بالعجميّة عند العجز كتكبيرة الإحرام.

قال: «وقيل لا يصح»، وهذا قول أبي سعيد الإصطخري؛ لأن ما كانت العربية شرطًا فيه عند القدرة لا يصح بغيرها عند العجز كالقراءة، فعلى هذا: يصبر إلى أن يتعلم، أو يوكِّل. هذه طريقة الشيخ أبي حامدٍ وآخرين، وهي التي نقلها الإمام عن العراقيين.

وطريقة القاضي أبي الطيب المنقولة عن ابن أبي هريرة: أنه إن كان [لا][(١٢)] يحسن العربية انعقد وجهًا واحدًا، ولا يُكلَّف التعلم[(١٣)] والعقدَ بغير لغته، كما في سائر العقود، وإن كان يحسنها فوجهان، أصحهما: الانعقاد - أيضًا - اعتبارًا بالمعنى،

(١) سقط في د. (٢) في د: وإن. (٣) سقط في س.
(٤) في ب: يضره. (٥) سقط في س. (٦) في س: يقع.
(٧) قوله: وإن كان الكلام، أي الفاصل بين الإيجاب والقبول يسيرًا أجنبيًّا عن العقد، فهل يمنع ذلك صحة العقد؟ فيه وجهان منقولان في النهاية عند الكلام في الخطبة.
وقال الرافعي عند الكلام في الاستثناء في الطلاق: إن الأصح أنه لا يقطع الاتصال. انتهى كلامه.
وهذا النقل عن الرافعي سهو، فإنه لم يصحح هناك شيئًا منهما، وإنما نقل التصحيح عن الإمام، بل قد حكى الرافعي الوجهين في هذا الباب في الكلام على الخطبة، وهو قبيل الكلام على أركان النكاح، وصحح منهما عدم الصحة. [أ و].
(٨) في التنبيه: وإن. (٩) زاد في التنبيه: وهو يحسن العربية.
(١٠) في س: يترك. (١١) في ب، د: والإباحة.
(١٢) سقط في د. (١٣) في س: التعليم.

وليس كلفظ «التمليك» و«الإباحة»، وهذه الطريقة أصح عند ابن الصباغ وغيره.

وإذا أطلقت الكلام واختصرت قلت: في المسألة ثلاثة أوجه، كما ذكر في «المهذب».

ثالثها: الفرق بين أن يحسن فلا يصح، أو لا يحسن فيصح، ونسب هذا إلى الإصطخري، ونقل الإمام عنه المنع مطلقًا.

وأصح الوجوه: الصحة مطلقًا، وحكم من يقدر على التعلم حكم من يحسن.

وقال الشيخ أبو حامدٍ: لا يجب التعلم وإن كان [له مهلة](١).

فرع: إذا [جوزناه بالعجمية](٢)، فكان أحدهما يحسن العربية، والآخر لا يحسنها، فتكلم كل منهما بما يحسنه - [صح](٣) إذا فهم كل منهما كلام الآخر، فإن لم يفهم ولكن أخبره ثقة عن معنى لفظ الآخر: فإن تعلمه صح، وإن لم يتعلمه(٤) لكنه صار بحيث لو سمعه مرة أخرى عرف معناه، ففيه وجهان.

وقيل: يشترط أن يكون الإيجاب والقبول بلغة واحدة.

ويشترط - أيضًا - فهم الشهود معنى اللفظين، والله تعالى أعلم.

فصل: ويجب تسليم المرأة في منزل الزوج إن كانت ممن يمكن الاستمتاع بها - أي: إذا طلب - وكان الصداق مؤجلاً أو حالًّا مقبوضًا؛ لأنه ملك الاستمتاع بها بالعقد، فوجب تمكينه من استيفائه حيث شاء كما في العين المستأجرة.

وفي الأمة وجهٌ: أنه لا يجب تسليمها إلى الزوج في منزله إذا بوأها السيد بيتًا في داره.

والمخاطب بالتسليم الزوجة إن كانت حرّةً مكلفة، والسيد إن كانت أمة، والولي إن كانت غير مكلفة، أمَّا إذا لم يمكن الاستمتاع بها لصغرها(٥) أو مرضها، أو نِضْو خَلْقها، بحيث يُضِرُّ بها الوطء [إضرارًا بيّنًا](٦) ولا تطيقه - فلا يجب تسليمها، ويكره لولي الصغيرة أن يسلمها إليه في هذه الحالة.

ولو قال: سلّموها إلى لأستمتع بها فيما عدا(٧) الفرج، قال مجلي: لا تسلم إليه؛ لأنه لا يؤمن من تَوَقان النفس.

وقال في «التهذيب»: تسلم إليه المريضة دون الصغيرة.

[وقال في «التتمة»: تسلم إليه نضوة الخلق دون المريضة والصغيرة](٨)؛ لأن

(١) في س: مثله.
(٢) في س: جوزنا بالعربية.
(٣) سقط في س.
(٤) في ب، س: يتعلم.
(٥) في د: لضرها.
(٦) سقط في د.
(٧) في س: دون.
(٨) سقط في ب.

للصِّغَر غاية، [وليس لنضو الخلق غاية][(١)]. ووافقه صاحب «الشامل» في الحكم في المريضة ونضوة[(٢)] الخلق.

ولا خلاف في الحائض والنفساء: أنه يجب تسليمها؛ لأنها لا تخاف على نفسها ضررًا، كما في الرتقاء والقرناء، ويكتفى في منعه عن الوطء في الفرج بوازع الشرع، ونفرة الطبع. نعم، لو علمت الحائض أنها إذا ضاجعته لم تأمن على نفسها فلها الامتناع؛ إذ يجب عليها ذلك. ومن أصحابنا من تردد فيه.

ولو كانت محرَّمة عليه بسبب إحرامه أو ظهاره، فهل يحرم عليها تمكينه؟ فيه وجهان محكيان في كتب العراقيين في كتاب الإيلاء.

فروع[(٣)]: مؤنة التسليم على الزوجة إذا دعاها إلى البلد الذي وقع فيه العقد، بخلاف تسليم المبيع المنقول؛ فإن فيه كلامًا ذكرته في البيع، ولو دعاها إلى غير بلد العقد: فإن كانت فوقها، كما إذا تزوجها ببغداد، وهي بالكوفة، واستدعاها إلى البصرة - فالنفقة عليها من الكوفة إلى بغداد، ومن بغداد إلى البصرة على الزوج.

وإذا اختلف الزوج والولي في بقاء الزوجة حيث يجب عليه التسليم، فقال الولي: ماتت، وقال الزوج: بل هي باقية - فالقول قول الزوج.

ولو اختلفا في صلاحيتها للتسليم، فقال أحدهما: لا تحتمله، وقال الآخر: بل تحتمله - فالقول قول من ينكر الاحتمال.

وفيه وجه: أنها [تُرى][(٤)] لأربع نسوةٍ، أو رجلين[(٥)] من المحارم، ونقل في «الذخائر» في كتاب النفقات: أنه يكتفي بامرأةٍ واحدة، وأصل الاختلاف أن ذلك يسلك به مسلك الرواية أو الشهادة؟

قال: «فإن سألت إنظار[(٦)] **ثلاثة أيام أُنظرت**» أي: واجبًا، وهذا هو المنقول في «المختصر»؛ [لما روى عن جابر بن عبد الله قال: كنا مع النبي ﷺ في سفر، فلمَّا ذهبنا لندخل قال: «أَمْهِلُوا حَتَّى نَدْخُلَ لَيْلًا لِكَيْ تَمْتَشِطَ الشَّعِثَةُ ، وَتَسْتَحِدَّ الْمُغِيبَةُ»[(٧)]

---

(١) سقط في د. (٢) في د، س: نضو. (٣) في س: فرع.
(٤) سقط في س. (٥) في س: لرجلين. (٦) في س: الإنظار.
(٧) أخرجه البخاري (١٠/ ٤٢٩) كتاب النكاح، باب: تستحد المغيبة وتمتشط الشعثة، برقم (٥٢٤٧)، ومسلم (٢/ ١٠٨٨) كتاب الرضاع، باب: استحباب نكاح البكر، برقم (٥٧/ ٧١٥).

[وخرجه] [(١)] البخاري ومسلم بمعناه [(٢)]. فإذا منعَ الزوج أن يطرق [زوجته] [(٣)] مغافصة، وأمره بإمهالها مع تقدم صحبته لها - فهاهنا أولى.

وأمَّا اعتبار الثلاث؛ فلأنها مدة قريبة، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَمَسُّوهَا بِسُوٓءٍ فَيَأۡخُذَكُمۡ عَذَابٌ قَرِيبٌ * فَعَقَرُوهَا فَقَالَ تَمَتَّعُواْ فِي دَارِكُمۡ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍۖ ذَٰلِكَ وَعۡدٌ غَيۡرُ مَكۡذُوبٍ﴾ [هود: ٦٤، ٦٥]، [ولها] [(٤)] اعتبار في الشرع في [الانتظارات] [(٥)]: في انتظارات المُولِي إذا طولب بالوطء بعد المدة، [وفيما] [(٦)] إذا ادعى أن له بينة قريبة [(٧)] بالقضاء أو الإبراء، وفي خيار الفسخ بسبب الإعسار بالنفقة، وغير ذلك.

وحكى القاضي أبو حامد عن «الإملاء» قولاً: أنها لا تمهل؛ لأنه قد سلَّم العِوَض، فوجب تسليم المعوَّض كالمتبايعين، فعلى هذا يكون مستحقًّا [(٨)]، والأول أصح، ومنهم من قطع به؛ لأن تسليم المعقود [(٩)] عليه يرجع فيه إلى العرف والعادة، والعادة لا تقتضي ذلك، ويخالف البيع؛ فإنه ليس للبائع في تأخير تسلم المبيع غرض صحيح، وقضية لفظ «الوسيط» إثبات خلاف في أنها تمهل [(١٠)] [بقدر ما تتهيأ، أو ثلاثة أيام.

قال الرافعي: والأشبه خلافه.

ولا خلاف أنها لا تمهل] [(١١)]؛ لتجهيز الشّوار وحصول [(١٢)] السِّمَنِ.

قال: «وإن كانت أمةً لم يجب تسليمها إلا بالليل»؛ لأن السيد يملك منفعتين من أمته: منفعة الاستمتاع، ومنفعة الاستخدام، فإذا زوجها عقد على إحدى المنفعتين وبقيت الأخرى، فيستوفيها في وقتها وهو النهار؛ كما أنه إذا أجّر أمته يسلمها للمستأجر نهارًا، ويمسكها لاستيفاء المنفعة الأخرى في وقتها وهو الليل.

ويتبين من هذا: أنه لو أراد السيد أن يسلمها نهارًا بدلاً من الليل لا يجوز؛ لأن الليل وقت الاستمتاع والاستراحة، وعليه التعويل في القَسْم في الغالب.

---

(١) في ب، س: خرجه.
(٢) في س: لما روي أن النبي ﷺ قال: «لا تطرقوا النساء ليلًا حتى تمتشط الشعثة».
(٣) سقط في س.
(٤) في س: لهذا.
(٥) سقط في ب، د.
(٦) في س: فيما.
(٧) في س: قرينة.
(٨) في ب، س: مستحبًا.
(٩) في س: المقصود.
(١٠) في س: لا تمهل.
(١١) سقط في س.
(١٢) في س: تحصيل.

وفيه وجهٌ: أنها إذا كانت محترفةً بحرفة يمكن الإتيان بها في يد الزوج وجب تسليمها إليه ليلاً ونهارًا، وبه قال أبو إسحاق المروزي. والأول أظهر؛ لأن السيد قد يبدو له في الحرفة ويريد أن يستخدمها. وللسيد أن يسافر بها، وللزوج أن يسافر معها، ويستمتع بها.

والمكاتبة هل يجب عليها أن تسلم نفسها نهارًا مع الليل؟ فيه وجهان عبّر عنهما القاضي الحسين في كتاب النفقات بأنها هل تتبوأ مع الزوج بيتًا:

أحدهما: نعم؛ لأنها مالكة لمنافعها، فأشبهت الحرة، وهذا ما جزم به الماوردي عند الكلام فيما إذا كان زوجها عبدًا.

[والذي ذكره الغزالي في كتاب الكتابة][١]: [أنه لا يجب تسليمها نهارًا؛ كالأمة][٢].

قال: «والمستحب إذا سُلِّمت إلى الزوج أن يأخذ بناصيتها أولَ ما يلقاها، ويقول: بارك الله لكل منّا في صاحبه».

[والناصية][٣]: مقدم الرأس، وإنما استحب ذلك؛ لما روى أبو داود عن عبد الله ابن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ قال: «إِذَا تَزَوَّجَ أَحَدُكُمْ [امْرَأَةً][٤] أَوِ اشْتَرَى جَارِيَةً، فَلْيَقُلْ: اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ خَيْرَهَا وَخَيْرَ مَا جَبَلْتَهَا عَلَيْهِ، وَأَعُوذُ بِكَ مِنْ شَرِّهَا وَشَرِّ مَا جَبَلْتَهَا عَلَيْهِ، وَلْيَأْخُذْ بِنَاصِيَتِهَا، وَلْيَدْعُ بِالْبَرَكَةِ»[٥]. قاله عبد الحق، والجَبْل: هو الخلق، ولأن هذا ابتداء الوُصْلة؛ فاستحب أن يدعو بالبركة.

قال: «ويملك الاستمتاع بها من غير إضرار»؛ لأنه المعقود عليه، وفي «التتمة» في كتاب الأيمان رمز إلى أن النكاح لا يفيد ملكًا على رأى، وإنما هو عقدٌ على الحل؛ فإنه قال: لو حلف: لا ملك له، وله حقٌّ في منفعة[٦] ملك إنسان - حنث، وإن كان له زوجة فلنا[٧] أصل: وهو أنّ النكاح فيه ملك [أو هو عقد][٨] على

(١) سقط في س. (٢) سقط في ب، س.
(٣) في ب، د: الناصية. (٤) سقط في ب.
(٥) أخرجه أبو داود(١/ ٦٥٥) كتاب النكاح، باب: في جامع النكاح، برقم (٢١٦٠)، وابن ماجه (١/ ٦١٧، ٦١٨) كتاب النكاح، باب: ما يقول الرجل إذا خلت عليه أهله (١٩١٨)، والحاكم (٢/ ١٨٥، ١٨٦)، والبيهقي (٧/ ١٤٨)، وصححه ووافقه الذهبي.
(٦) في ب: منفعته. (٧) في س: ولنا. (٨) في س: وهو منفعة.

الحل؟ فإن أثبتنا فيه ملكًا حنث في يمينه.

وفي «المحيط» عند الكلام فيما إذا وطئت في الدبر هل يتقرر المهر به؟ حكاية وجهين في أن المعقود عليه منافع البضع أم ذات المرأة؟ ويلزم من قال بأن المعقود عليه منافع البضع [ألا][1] يملك الاستمتاع بغيره، إلا أن يقول بحصول ذلك بطريق التبع، ولو أضرّ بها الاستمتاع في الفرج ضررًا لا تطيقه فلها منعه؛ كما إذا كان كبير الآلة، أو كانت مريضة، أو نِضْوة الخَلْق؛ لقوله - ﷺ -: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»[2].

قال: «وله أن يسافر بها إن شاء» - أي: إذا كانت حرّةً - لأنه - ﷺ - كان يسافر بنسائه، ولأنه يملك الاستمتاع بها من غير تعلق حقٍّ بها؛ فوجب تمكينه من استيفائه حيث شاء كما في العين المستأجرة. أمَّا لو كانت أمة فليس له السفر بها إلا بإذن السيد.

قال: «وله أن ينظر إلى جميع بدنها؛ لأنه محل استمتاعه، والنظر مما يستمتع به».

قال: وقيل: لا [يجوز النظر][3] إلى الفرج؛ لقوله ﷺ: «إِنَّهُ يُوَرِّثُ الطَّمْسَ»[4]، وهو العمى.

قال في «العُدَّة»: يريد أن الولد يولد أعمى، وفي بعض الطرق الفصل بين ظاهر الفرج وباطنه.

قال الإمام: ولست أرى لهذا معنى، والأول أصح؛ لأن [له][5] الاستمتاع به؛

---

(١) في س: لا.	(٢) تقدم.	(٣) في س: ينظر.

(٤) أخرجه ابن حبان في المجروحين (١/ ٢٠٢)، وابن عدي في الكامل (٢/ ٥٠٧)، ومن طريق ابن عدي أخرجه ابن الجوزي في الموضوعات (٢/ ٢٧١) وتبعه ابن دقيق العيد صاحب الإلمام كما في خلاصة البدر المنير (٢/ ١٨١)، من طريق بقية بن الوليد، عن ابن جريج، عن عطاء، عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: إذا جامع أحد زوجته أو جاريته فلا ينظر إلى فرجها فإن ذلك يورث العمى.

قال ابن حبان: وهذا يمكن أن يكون بقية سمعه من بعض شيوخه الضعفاء عن ابن جريج فدلسه.

وقال ابن أبي حاتم في علل الحديث (٢/ ٢٩٥) رقم (٢٣٩٤): سألت أبي عنه فقال: موضوع وبقية مدلس.

وذكر ابن القطان في كتاب أحكام النظر أن بقي بن مخلد رواه عن هشام بن خالد، عن بقية، قال: نا ابن جريج، وكذلك رواه ابن عدي، عن ابن قتيبة، عن هشام، فما بقي فيه إلا التسوية. وقد ذكره ابن الجوزي في الموضوعات، وخالف ابن الصلاح فقال: إنه جيد الإسناد كذا قال وفيه نظر.

(٥) سقط في س.

فجاز [له][(١)] النظر إليه كالفخذ، والخبر -إن صح- محمول على الكراهة كاستعمال الماء المُشَمَّس.

والنظر إلى باطن الفرج أشد، وكذلك يكره للإنسان أن ينظر إلى فرج نفسه من غير حاجةٍ.

ونظر السيد إلى أمته التي يجوز له الاستمتاع بها[(٢)] كنظره إلى زوجته، ونظر الزوجة إلى الزوج كنظره إليها، وقطع بعضهم بجواز نظرها إلى ذكر الزوج وقال: الخبر ورد في الفرج وهو الشَّقُّ.

قال: ولا يجوز [له][(٣)] **وطؤها في**[(٤)] **الحيض**؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱعۡتَزِلُواْ ٱلنِّسَآءَ فِي ٱلۡمَحِيضِ﴾ [البقرة: ٢٢٢]، وقوله ﷺ: «افْعَلُوا كُلَّ شَيْءٍ إِلَّا الْجِمَاعَ»[(٥)]، وللإجماع: قال الإمام: ومما يجب التَّفَطُّنُ له أن [تحريم][(٦)] وطء الحائض ليس لملابسة[(٧)] الأذى القائم بالفرج؛ فإن التضمُّخ بذلك الأذى بعد الانفصال غير محرم، وتحريم وقاع الحائض - وإن طهرت عن الأذى وغسلت المنفذ - قائم؛ فليفهم.

قلت: وما قاله يعارض ما [قاله][(٨)] الشافعي؛ حيث قال في الوطء[(٩)] في الدبر: «إذا كان يحرم إتيان الحائض؛ لما بها من الأذى، فيجب أن يحرم الإتيان في غير المَأْتَى؛ لأن الأذى دائم»[(١٠)].

[ثم قوله][(١١)]: «إن التضمخ[(١٢)] به جائز»، قد يمنع[(١٣)]؛ فإن الغزالي في «البسيط» في آخر صلاة الخوف حكى عن الصيدلاني أن التضمخ بالنجاسة من غير حاجة - ممتنعٌ، وفي استعمال جلد الميتة وجهان مشهوران، ووجه المنع: وجود النجاسة، فإذا كان الجلد لا يجوز لبسه مع وجود الانتفاع؛ للنجاسة، فدم الحيض أولى بالاجتناب، وفي «الرافعي» أن ابن كجٍّ نقل وجهًا: أنه يتجنب الحائض في جميع بدنها؛ لظاهر الآية.

قال:[ولا يجوز وطؤها][(١٤)] **في الدبر**؛ لقوله ﷺ وقد سُئِلَ عن ذلك وأيهم

---

(١) سقط في ب، س.
(٢) في ب: فيها.
(٣) سقط في ب، س.
(٤) زاد في التنبيه: حال.
(٥) تقدم.
(٦) سقط في س.
(٧) في ب: بملابسة.
(٨) في ب، د: نقله عن نص.
(٩) في س، د: البويطي.
(١٠) في د: ثَمَّ.
(١١) في د، س: وقوله.
(١٢) في ب: الصحيح.
(١٣) في ب: يمتنع.
(١٤) سقط في التنبيه.

السائل: «إِنَّ اللَّهَ لَا يَسْتَحْيِي مِنَ الْحَقِّ؛ لَا تَأْتُوا النِّسَاءَ فِي أَدْبَارِهِنَّ»[(١)]، وقوله: «لَا يَسْتَحْيِي [مِنَ الْحَقِّ][(٢)]» أي: لا يترك شيئًا منه؛ لأن من استحيا من شيء تركه.

وقيل: لا يستبقى؛ مأخوذ من قوله: ﴿وَيَسْتَحْيُونَ نِسَآءَكُمْ﴾ [البقرة: ٤٩]، أي: يستبقونهن، ولقوله ﷺ: «مَلْعُونٌ مَنْ أَتَى امْرَأَةً فِي دُبُرِهَا»[(٣)]، [ولما][(٤)] تقدم من قول الشافعي.

وقال صاحب «التقريب»: من الناس من يضيف على الشافعي قولاً في القديم: أنه لم يقطع بتحريمه، وتوقف فيه، وقال: «ليس عندي دلالة في تحريمه».

وقال محمد بن عبد الحكم: قال الشافعي: في تحريم ذلك حديث غير صحيح، والقياس عندي: أنه حلال. فحُكِيَ ذلك للربيع[(٥)] فقال: كذب، والذي لا إله إلا هو، وقد نصّ على تحريمه في ستة مواضع من كتبه.

وفي شرح «مختصر الجويني» أن بعضهم أقام ما رواه قولاً، فلو وطئها في الدبر تعلقت به أحكام الوطء في القُبل إلا في الإحصان والتحليل، وأبدى الإمام في التحليل [احتمالاً][(٦)]، والفيئة وزوال العنة، وتعتبر صفة الإذن على الصحيح فيها، واستقرار المهر وثبوت العدة والرجعة والنسب إذا جرى في النكاح الفاسد،

---

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٢١٣، ٢١٤، ٢١٥)، والنسائي في الكبرى (٥/ ٣١٦، ٣١٩)، كتاب عشرة النساء، باب: ذكر اختلاف الناقلين لخبر خزيمة بن ثابت في إتيان النساء في أعجازهن، حديث (٨٩٨٢-٨٩٨٨)، وابن ماجه (١/ ٦١٩) كتاب النكاح، باب: النهي عن إتيان النساء في أدبارهن، حديث (١٩٢٤)، والدارمي (٢/ ١٤٥) كتاب النكاح، باب: النهي عن إتيان النساء في أعجازهن، وابن حبان (٩/ ٥١٤) برقم (٤٢٠٠)، وابن الجارود في المنتقى (٣/ ٥٠) برقم (٧٢٨)، والبيهقي ٧/ ١٩٦، كتاب النكاح: باب إتيان النساء في أدبارهن، والبخاري في التاريخ الكبير ٨/ ٢٥٦، والطحاوي في شرح معاني الآثار ٣/ ٤٣، كتاب النكاح: باب وطء النساء في أدبارهن.
كلهم من حديث خزيمة بن ثابت.
قال ابن أبي حاتم في العلل (١/ ٤٠٣): رواه ابن عيينة، عن ابن الهاد، عن عمارة بن خزيمة، عن أبيه، عن النبي ﷺ قال: «لا تأتوا النساء في أدبارهن» قال أبي: هذا أخطأ فيه ابن عيينة إنما هو ابن الهاد، عن علي بن عبد الله بن السائب، عن عبيد الله بن محمد، عن هرمز، عن خزيمة، عن النبي ﷺ.
قال البيهقي (٧/ ١٩٧): مدار هذا الحديث على هرمى بن عبد الله، وليس لعمارة بن خزيمة فيه أصل إلا من حديث ابن عيينة، وأهل العلم بالحديث يرونه خطأ، والله أعلم.

(٢) سقط في ب.

(٣) أخرجه أحمد (٢/ ٤٧٩)، وأبو داود (٢/ ٢٤٩)، كتاب النكاح، باب: في جامع النكاح (٢١٦٢)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٤) في س: لما. (٥) في ب: الربيع. (٦) سقط في س.

أو في أمته، وحرمة المصاهرة على وجهٍ في الجميع.

وإن كان في غير الزوجة لا يبطل به إحصان المفعول به رجلاً كان أو امرأةً. وقيل: إن كانت امرأة يبطل إحصانها، قاله في «التهذيب»، وأبدى فيه احتمالاً لنفسه، وهو موافق لما أطلقه الأصحاب من أنَّ قول الرجل لزوجته: وطئك فلان في دبرك، يوجب الحد عليه؛ فألحقوه بالوطء في القبل، وقد قال المزني لمَّا حكى ذلك: «لا أدرى على ماذا أقيسه؟!» وكأنه أنكر هذا المذهب.

ويجوز التلذذ فيما بين الإليتين.

قال: «**وإن كانت أمةً**» - أي: الزوجة - **فله أن يعزل عنها**.

العزل: أن يجامع، فإذا قارب الإنزال نزع ولا يُنزل في الفرج.

وإنما قلنا [له][١] ذلك في الأمة؛ لقوله - ﷺ - حين سئل عن العزل في غزوة بني المصطلق: «مَا عَلَيْكُمْ أَلَّا تَفْعَلُوا [ذَلِكَ][٢]، مَا مِنْ نَسَمَةٍ كَائِنَةٍ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ إِلَّا وَهِيَ كَائِنَةٌ»[٣] رواه البخاري عن أبي سعيد الخدري.

وعن جابر قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: إنّ لي جاريةً قد أطوف عليها، وأنا أكره أن تحمل؟ قال[٤]: «اعْزِلْ عَنْهَا إِنْ شِئْتَ؛ فَإِنَّهُ سَيَأْتِيهَا مَا قُدِّرَ لَهَا» [قال][٥]: فلَبِثَ الرجلُ ثم أتاه وقال: إن الجارية [قد][٦] حملت، فقال - عليه السلام-: «قَدْ أَخْبَرْتُكُمْ أَنَّهُ سَيَأْتِيهَا مَا قُدِّرَ لَهَا»[٧] أخرجه مسلم.

فالأول دلّ بعمومه، والثاني بخصوصه، ولأن له غرضًا في ألا يَرُقَّ ولده[٨]، وفيه وجهٌ: أنها كالحرة.

قال: «**والأولى ألاّ يعزل**»، أراد بعدم الأولوية ثبوت الكراهة كما أطلقه في «المهذب»؛ لما روت جدامة بنت وهب أخت عكاشة قالت: حضرت رسول الله ﷺ فسألوه عن العزل، فقال: «هُوَ الوَأْدُ الْخَفِيُّ، ﴿وَإِذَا ٱلْمَوْءُۥدَةُ

---

(١) سقط في س. (٢) سقط في ب، د.

(٣) أخرجه البخاري (٥/ ٢٠٢)، كتاب العتق، باب: من ملك من العرب رقيقًا (٢٥٤٢)، وأخرجه مسلم (٢/ ١٠٦١)، كتاب النكاح، باب: حكم العزل (١٢٥/ ١٤٣٨).

(٤) في س: فقال. (٥) سقط في س. (٦) سقط في ب، د.

(٧) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٦٤)، كتاب النكاح، باب: حكم العزل (١٣٤/ ١٤٣٩) من حديث جابر رضي الله عنه.

(٨) في س: ولدها.

سُئِلَتْ﴾ [التكوير: ٨]»[(١)]، أخرجه مسلم.

وقطع الخراسانيون بنفى الكراهة، ولم يحكِ الشاشي سواه[(٢)].

قال: وإن كانت حرّة لم يجز إلا بإذنها؛ لما روى عن ابن عباس وابن مسعود - رضي الله عنهما - أنهما قالا: «تستأذن الحرة في العزل»، ولما يلحقها من الضرر بتبعيض الاستمتاع، وتهييج دواعيها، ولا غرض صحيح له.

قال في «التتمة»: وهو ظاهر المذهب.

وقال الرافعي: إنه أظهر الطريقين.

وقال في «الذخائر»: قال أصحابنا [وغيرهم][(٣)]: وهذا غير صحيح؛ لأنه ﷺ لم يفرق بين حالتيها[(٤)]، وحقها ساقط عن الزوج في هذا المعنى، بدليل أنه لو غيب الحشفة في الفرج فأنزل على[(٥)] قرب.

قال: وقيل: يجوز من غير إذنها، وهو الأشبه عند مجلي، والأصح في[(٦)] «النواوي»[(٧)]، لظاهر الخبر، [ولأن][(٨)] حقَّها في الوطء لا في الإنزال، بدليل

---

(١) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٦٧) كتاب النكاح، باب: جواز الغيلة وهي وطء المرضع، وكراهة العزل، برقم (١٤١/ ١٤٤٢).

(٢) قوله: نقلًا عن الشيخ: فإن كانت الزوجة أمة، فالأولى ألا يعزل عنها؛ لما روى مسلم عن جدامة بنت وهب أخت عكاشة، قالت: سئل ﷺ عن العزل فقال: «هو الوأد الخفي»، ثم تلا قوله تعالى: ﴿وَإِذَا ٱلْمَوْءُۥدَةُ سُئِلَتْ * بِأَيِّ ذَنۢبٍ قُتِلَتْ﴾ [التكوير: ٨، ٩].
ومراد الشيخ بعدم الأولوية هو الكراهة، فإنه صرح به في المهذب.
وقطع الخراسانيون بأنه لا يكره، ولم يحك الشاشي سواه. انتهى كلامه.
وما ذكره من كون الشاشي جازمًا بعدم كراهته غلط، فقد جزم بالكراهة في كتبه الثلاث وهي: المعتمد والحلية والترغيب، وموضع المسألة في هذه الكتب هو كتاب القسم بين الزوجات، فاعلمه.
وأما كتابه المسمى بالعمدة، فلم يتعرض فيه للمسألة بالكلية.
تنبيه: جدامة - بالجيم والدال المهملة والميم - ومن ذكرها بالمعجمة فقد صحف، كذا قاله الدارقطني قال: وهي أخت عكاشة من أمه.
والمراد: دفن البنات بالحياة. [أ و].

(٣) سقط في ب، د.

(٤) في ب، س: حالتيهما.

(٥) في د: عن.

(٦) في س: عند.

(٧) قوله: وإن كانت حرة، لم يجز إلا بإذنها.
قال في التتمة: وهو ظاهر المذهب.
وقال الرافعي: إنه أظهر الطريقين.
وقيل: يجوز من غير إذنها، وهو الأصح في النووي، وما نقله -رحمه الله- عن الرافعي من تصحيح المنع بغير إذنها غلط، فإن حاصل ما في الرافعي أنه يجوز بالإذن، وكذلك بدونه في أصح الوجهين =

انقطاع طلبها في الإيلاء والعنة بتغييب الحشفة، فعلى هذا: هل يكره؟ فيه وجهان.

وقيل: [لا][١] يجوز وإن رضيت؛ لظاهر خبر جدامة.

وإذا اختصرت في الحرة والأمة قلت: فيه أربعة أوجه:

الجواز المطلق، وهو الأصح في «الوسيط».

المنع المطلق.

الجواز [في الأمة][٢].

تخصيص الجواز بالرضا.

ولا خلاف - على المشهور - في جوازه في أمته[٣]، والأولى تركه، والمستولدة رتبها مرتبون على الأمة المنكوحة، وهذه أولى بالمنع، وآخرون على الحرة، [وهي][٤] أولى بالجواز؛ لأنها ليست رأسًا[٥] في الفراش؛ ولهذا لا تستحق القسم، وهذا أظهر.

ثم حيث قلنا بتحريم العزل، فذاك إذا نزع على قصد أن يقع الإنزال خارجًا خشية من الولد، أمَّا إذا عنَّ له أن ينزع لا على هذا القصد، فيجب القطع بأنه لا يحرم، كذا قاله الإمام.

قال: **وله أن يجبرها على ما يقف عليه الاستمتاع، كالغسل [من الحيض][٦] وترك السُّكر** أي: وإن كانت ذميّة.

أمَّا الغسل؛ فلأن التمكين من الوطء واجبٌ عليها، وهو لا يحل بدونه، فإن لم

عند الغزالي، ولم يذكر نقلًا آخر يخالفه بالكلية، ثم إن النووي لما اختصر ذلك، أطلق تصحيح الجواز على عادته، ولم ينسبه إلى الغزالي، ولم يتعرض أعني الرافعي للمسألة في المحرر، ولا في الشرح الصغير. وقد عبر المصنف عن الروضة بالنووي؛ كما يعبرون عن شرح الوجيز بالرافعي. [أ و].

(٨) في س: لأن.

(١) سقط في س.

(٢) في س: بالأمة.

(٣) قوله: ولا خلاف على المشهور في جواز العزل في أمة نفسه. انتهى.
اعلم أنه قد وقع -أيضًا- في الرافعي والروضة، أنه لا خلاف في الجواز. والظاهر أن المصنف أراده، وكأنه أشار بالمشهور إلى ما ذكره أولًا، وإذا تقرر هذا، فقد حكى الروياني في البحر وجهًا أن ذلك لا يجوز فيها أيضا فاعلمه. [أ و].

(٤) في ب: وهذا، وفي س: هذه.

(٥) في د، س: راسخة.

(٦) سقط في س.

تفعل غسلها الزوج، واستفاد الحل، وإن لم يوجد منها النية؛ للضرورة، كما تجبر المجنونة المسلمة، وحكى الجيلي وجهًا: أنه ينوى عنها، ويمكن أن تخرج نيته على الوجهين فيما إذا امتنع رب المال من إخراج الزكاة فأخذها الإمام قهرًا، هل ينوى عنه؟ وعن الحليمي - تخريجًا على الإجبار على الغسل- أن للسيد إجبار أمته المجوسيّة أو الوثنية على الإسلام؛ لتحلّ له، [وهو ما حكاه القاضي الحسين في باب كفارة يمين العبد بعد أن يعتق][1]، والمذهب خلافه؛ لأن الرق أفادها الأمان من القتل؛ فلا تجبر كالمستأمنة، ولأن غسلها غسل تنظيف لا غسل عبادة، والتنظيف حقٌّ للزوج، فجاز أن يجبرها عليه، والإسلام ليس حقًّا له.

وأمَّا السّكر؛ فلأنها لا ترد يد لامس، وتلتحق بالمجنونة، فلا يأمن أن تجنى عليه، فيختل الاستمتاع، وهل له منع الذميّة من القدر الذي لا يسكر[2]؟ فيه قولان، وأطلق المراوزة قولين في أنه: هل يمنعها من الشرب من غير تفصيل بين القليل والكثير؟ ويجرى الوجهان في منع المسلمة من القدر الذي لا يُسكر من النبيذ إذا كانت تعتقد إباحته.

ومنهم من قطع في أصل المسألة بجواز المنع مطلقًا؛ لأن القدر الذي [لا][3] يسكر لا ينضبط.

قال: **وأمَّا ما يكمل به الاستمتاع كالغسل من الجنابة** - أي: إذا كانت ذميّةً، أمَّا المسلمة[4] فقد جزم في «المهذب»[5] بالإجبار[6] عليه.

قال: **واجتناب النجاسة، وإزالة الوسخ، والاستحداد**، وهو إزالة شعر العانة، وهو الذي حول الفرج، مأخوذ من الحديد، وهو الموسى التي يحلق بها.

قال: **فيه قولان** [أي][7]: في المسلمة والكتابيّة.

أحدهما - وهو الأصح-: أن له إجبارها؛ لتوقف كمال الاستمتاع - الذي هو حقّه - [عليه][8].

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: سكر.
(٣) سقط في ب، د.
(٤) في س: إذا كانت مسلمة.
(٥) في ب، س: التهذيب.
(٦) في س: بجواز الإجبار.
(٧) سقط في س.
(٨) سقط في س.

والثاني: لا؛ لأنه لا يمنع الاستمتاع، ولا يتعدى، وهذا كما قلنا فيما يكمل به انتفاع المستأجر: إنه لا يجب على المؤجر.

وحمل بعضهم الإجبار في الغسل على ما إذا طالت المدة، وكانت النفس تعافها، والمنعَ: على قِصَرِها، وعدم العيافة، ولم يثبت فيه قولين.

ولو تفاحش طول الأظفار وشعر العانة والإبط والأوساخ حتى خرج ذلك عن العادة، ونفرت منه النفس - أجبرها على إزالته قولاً واحدًا، وأطلق في «التتمة» جواز الإجبار له من غير فرق بين حالةٍ وحالةٍ.

ويخرج على الخلاف ما إذا أكلت ما يتأذّى بريحه أو لُبْسه كالجلود الطاهرة، أمَّا جلود الميتات قبل الدبغ فله المنع. وهذا يوافق ما حكيناه عن البغوي في إجبار المسلمة على الغسل [من الجنابة][1] لوجوبه عليها.

ومنهم من قطع بجواز المنع.

وفي منع الكتابية من أكل لحم الخنزير طرق:

أحدها: ليس له المنع قولاً واحدًا.

والثاني: له قولاً واحدًا.

والثالث: إثبات قولين.

والرابع: إن كانت نفسه تعافه كان له منعها، وإلا فلا.

قيل: وهذا ظاهر النص، ومهما تنَّجس فمها أو عضو آخر، قال الرافعي: فلا خلاف أنه يجبرها على غسله؛ لتمكنه من الاستمتاع، والله أعلم.

* * *

(١) سقط في س.

باب ما يحرم من النكاح

المراد بالتحريم هنا: عدم الصحة.

قال: **لا[1] يصح نكاح المُحْرِم**؛ لقوله - ﷺ-: «المُحْرِمُ لاَ يَنْكِحُ ولا يُنْكِحُ»[2].

فرع: نكاح رسول الله ﷺ هل كان يجوز في حال إحرامه؟ فيه وجهان؟

أصحهما في «البحر»: نعم؛ لأن المنع خشية إفضاء الأمر إلى الوطء المفسد للحج، وهو مأمون منه، ﷺ.

قال: **والمرتد**؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟﴾ [البقرة: ٢٢١]، ولأن طرآن الردة يقطع[3] دوام النكاح؛ فَمَنَعَ ابتداءه من طريق الأولى، وعلله بعضهم بأن النكاح يراد[4] للدوام، والمرتد مقتول عن قربٍ[5]، ويَرِدُ عليه صحة نكاح الزانى المحصن، مع وجود ما ذكره من العلة فيه.

قال: «**والخنثى المشكل**»؛ لأنه لو تزوج امرأة احتمل أن يكون امرأة، ولو تزوج رجلاً احتمل أن يكون رجلاً، وإن تزوج خنثى احتمل أن يكونا رجلين أو امرأتين، والشرط في النكاح تحقق الشرائط حالة العقد، حتى لو ظهر بعد العقد أنه امرأة، وكان العاقد عليه رجلاً، أو بالعكس- لم يصح، كما لو قال الولي لرجلٍ: زوجتك ابنتى هذه، وكان له ابنتان: إحداهما محرمة عليه، ولم يعرف أن المعقود عليها هي الحلال أم لا، فقبل - لم يصح.

وقد [ذكر] في «الوسيط» فيما لو اقتدى رجل بخنثى، ثم ظهر بعد الصلاة: أنه رجلٌ - في صحة الصلاة وجهين، وإن كانت النية معتبرة فيها فما الفرق؟ ولو

---

(١) في التنبيه: ولا.

(٢) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٣٠- ١٠٣١) كتاب النكاح، باب: تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، برقم (١٤٠٩).

(٣) في س: يمنع من. (٤) في س: مراد. (٥) في س: قريب.

قيل بالعكس لكان الفرق ظاهرًا؛ من حيث إن النكاح عقد، فهو إلى الوقف أقرب؛ ألا ترى أنه لو باع مال أبيه على ظن أنه حي، فإذا هو ميت، كان في صحته وجهان، ولا كذلك في الصلاة!

وقد يفرق بينهما بأن الحظر في النكاح في نظر الشرع آكد من الحظر في أمر الصلاة؛ من حيث إن أثر النكاح غير قاصر[(١)] على الزوجين، وأثر الصلاة قاصر على المصلي؛ فاحتاط الشرع في النكاح بما لم يحتط به في الصلاة؛ ألا ترى أنه لم يجوز الإقدام على النكاح [بالاجتهاد][(٢)] عند اشتباه من يحل له نكاحها بمن[(٣)] لا يحل، [له نكاحها][(٤)] وجوّز ذلك فيما يتعلق بالصلاة من طهارة، [وستارة][(٥)]، واستقبال القبلة!

قال: «وهو الذي له فرج الرجل وفرج المرأة، ويبول منهما دفعةً واحدةً» - أي: [وكذلك [الانقطاع منهما، ويميل [طبعه][(٦)] **إلى الرجال والنساء ميلاً واحدًا**][(٧)]، أي: ولم يوجد مع ذلك ما يرجح أحد][(٨)] الجانبين.

وسُمِّي بهذا الاسم؛ لاشتراك الشبهين[(٩)] فيه، مأخوذ من قولهم: تخنث الطعام [والشراب][(١٠)]، إذا اشتبه أمره فلم يخلص طعمه المقصود وشارك طعم غيره.

قال الماوردي في باب رضاع الخنثى.

أمّا لو سبق بوله من أحدهما، اعتبرنا الأسبق على الصحيح من المذهب، وكذا لو استويا في الابتداء، وانقطع من أحدهما قبل الآخر - اعتبرنا المتأخر على الأصح[(١١)].

فعلى هذا: لو كان أحدهما أسبق خروجًا، والآخر أبطأ انقطاعًا - فالحكم للأسبق خروجًا، وقيل: هو مشكل.

ولو كان يبول من هذا تارةً، ومن الآخر أخرى، أو كان يسبق [من][(١٢)]

---

(١) في ب: غير قا.
(٢) سقط في س.
(٣) في د: ممن.
(٤) سقط في ب، د.
(٥) في د: أو ستارة.
(٦) سقط في التنبيه.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في س.
(٩) في س: الشين.
(١٠) في د: أو الشراب.
(١١) في د: الصحيح.
(١٢) سقط في ب، د.

أحدهما تارة، [والآخر يسبق تارة][(١)] - اعتبر [أكثر][(٢)] الحالين منهما، فإن استويا فهو مشكل، حكاه الماوردي في كتاب الرضاع، ولا ترجيح[(٣)] بالكثرة مع الاستواء[(٤)] في الخروج والانقطاع [ولا بالترشيش والتزريق][(٥)]، ولا بزيادة عدد الأضلاع، ولا نبات اللحية ونهود الثدي على الأصح.

ويرجح بالمني والحيض إذا تكرر في زمن إمكانه، وفي «الحاوي» حكاية وجهٍ: أنه لا يرجح بالحيض.

فإن أمنى منهما فقد قيل: هو مشكل، والأصح: أنه يعتبر صفة المني: فإن كان بصفة مني الرجال فرجل، أو بصفة منى النساء فامرأة، وإن كان بصفتهما فهو مشكل.

وإن أمنى بفرج الرجال، وحاض بفرج النساء على الوجه المعتبر - ففيه [ثلاثة][(٦)] أوجه:

قيل: امرأة.

وقيل: رجل.

وقيل: [هو][(٧)] مشكل، وهو أعدلها.

ولو تعارض البول مع المنى أو الحيض، فوجهان محكيان في «الرافعي» في كتاب الطهارة:

أحدهما: أنه يحكم بمقتضى البول.

وأصحهما: أنه يستمر الإشكال.

ورؤية اللبن هل يرجح بها؟

قال أبو إسحاق: يعرض على القوابل، فإن قلن: إنه لا يكون هذا اللبن إلا لامرأة، حكم بأنوثته.

وعن ابن أبي هريرة: أنه يستدل باللبن[(٨)] على الأنوثة عند فقد سائر الأمارات.

وظاهر المذهب: أن اللبن لا يقتضي الأنوثة، ذكر ذلك الرافعي[(٩)] في كتاب الرضاع.

---

(١) في س: ومن الآخر أخرى.
(٢) سقط في د.
(٣) في ب، س: يرجح.
(٤) في ب: الاشتراك.
(٥) في د: بالترشيش والتزريق.
(٦) سقط في ب، د.
(٧) سقط في س.
(٨) في ب، د: به.
(٩) في د: القرافي.

ولو كان له آلة لا تشبه آلة الرجال ولا [آلة][١] النساء، بل مجرد ثقبة[٢] - فهو مشكل أيضًا.

ولا حكم لاختياره الذكورة و[لا][٣] الأنوثة مع وجود الدلائل الظاهرة، كالمولود إذا تنازع فيه رجلان، فألحقه القائف بأحدهما - فلا حكم لانتسابه بعد قول القائف.

ويزول باختياره الإشكالُ عند فقد العلامات على المشهور.

وفي «الحاوي» في باب الحضانة: أنه لو أخبر عن اختياره بأنه رجل أو امرأة، عمل على قوله في سقوط الحضانة، وهل يعمل على قوله في استحقاقها؟ فيه وجهان.

[ووجه][٤] عدم القبول: التهمة.

قلت: ومقتضى هذا الوجه: أن يجرى هذا الوجه في جميع ما يترتب له على اختيار الذكورة أو الأنوثة[٥]، إلا أن يختار ذلك، ثم يطرأ سبب الاستحقاق؛ لانتفاء علة عدم القبول.

ثم الاختيار يناط[٦] بميل الطبع.

وإذا اختار أحدهما ترتب عليه جميع الأحكام المنوطة به، ولا رجوع عنه إلا أن يختار الرجولة، فيحبل، هذا قول الرافعي هنا.

وقال في كتاب الطهارة: إنه لو اختار شيئًا، ثم ظهرت الأمارات من بعد -

---

(١) سقط في ب، د.
(٢) في د: بقية.
(٣) سقط في س.
(٤) في ب، د: وجه.
(٥) قوله: ويزول الإشكال باختيار الخنثى الذكورة أو الأنوثة عند فقد العلامات على المشهور.
وفي الحاوي في باب الحضانة: أنه لو أخبر عن اختياره بأنه رجل أو امرأة، عمل على قوله في سقوط الحضانة، وهل يعمل على قول في استحقاقها؟ فيه وجهان، ووجه عدم القبول التهمة.
قلت: ومقتضى هذا أن يجري هذا الوجه في جميع ما يترتب له على اختيار الذكورة أو الأنوثة. انتهى كلامه.
وهو يقتضي أن الأصحاب لم يطردوا الوجه المذكور في جميع ماله، وهو غريب. فقد صرح إمام الحرمين والماوردي والروياني وخلائق بطرده في كل ما يترتب له حتى الرافعي، فإنه صرح في الجنايات باطراده فيما إذا ادعى الذكورية، وطلب دية الذكر أو القصاص فيه، وصرح في الفرائض باطراده فيما إذا ادعى أنه ذكر، وطلب إرث الذكور، وكان أزيد من إرث الإناث، وفي غير ذلك من الصور، وقد صرح النووي في التحقيق وغيره بجريان الخلاف في كل ما يتهم فيه، وجعلها قاعدة عامة. [أ و].
(٦) في س: مناط.

يجوز أن يقال: لا يبالى بها، ويستصحب الحكم الأول، ويجوز أن يقال: يعدل إلى الأمارات الظاهرة.

وهذا الاحتمال الثاني هو ما حكاه[١] الماوردي في باب رضاع الخنثى.

ووقت الاختيار: بعد الحكم ببلوغه؛ لأنه لازم كما في لحوق النسب، بخلاف الحضانة؛ لأنه ليس بلازم.

ومن الأصحاب من قال: يكفى وقوعه في سن التمييز؛ كالحضانة يخيّر فيها الصبي بين الأبوين.

وإذا أخر الاختيار بعد البلوغ وميل الطبع، أثم، والله أعلم.

قال: «**ويحرم على الرجل نكاح الأم والجدات**» أي: من قبل الأب [أو الأم][٢]، **والبنات، وبنات الأولاد وإن سفلوا، [والأخوات]**[٣] أي: من الأبوين أو من أحدهما، **وبنات الأخوات وبنات أولاد الأخوات وإن سفلوا، وبنات الإخوة**، أي: من الأبوين أو من أحدهما، **وبنات أولاد الإخوة وإن سفلوا، والعمات والخالات وإن علون**، أي: كأخت الجد للأب أو الأم، وأخت الجدة للأم أو للأب؛ لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾ [النساء: ٢٣].

وأمك: كل أنثى انتهيت إليها بالولادة بواسطةٍ أو غير واسطةٍ، سواء كانت الواسطة ذكرًا أو أنثى.

وبنتك: كل أنثى تنتهي إليك بالولادة، بواسطةٍ أو غير واسطةٍ.

وأختك: كل أنثى ولدها أبواك الأدنيان أو أحدهما.

وبنات الأخ وبنات الأخت كبناتك منك.

والعمة: كل أنثى [هي][٤] أخت ذكرٍ[٥] ولدك بواسطةٍ أو بغير[٦] واسطةٍ، وقد تكون من جهة الأم كأخت أبي الأم.

وخالتك: كل أنثى هي أخت أنثى ولدتك بواسطة أو بغير[٧] واسطة، وقد تكون من جهة الأب][٨] كأخت أم الأب، وقد ضبط ذلك بعبارتين:

---

(١) في س: ذكره.
(٢) في ب، س: والأم.
(٣) في ب: وبنات الإخوة.
(٤) سقط في س.
(٥) في د: ولد.
(٦) في د، س: غير.
(٧) في د، س: غير.
(٨) سقط في د.

أحدهما[١] **- ما قاله الأستاذ أبو منصور البغدادي-**: أن نساء القرابات محرمات إلا ما دخل في اسم ولد العمومة، وكذا الخئولة.

والثانية - قالها الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني-: أنه يحرم على الرجل أصوله وفصوله، وفصول[٢] أول أصوله، وأول فصل من كل أصل بعده[٣]، أي: بعد أول الأصول [، والأصول: الآباء والأمهات، والفصول: البنات، وفصول أول الأصول][٤]: الأخوات وبنات الأخ[٥] وبنات الأخت، وأول فصلٍ من كل أصل بعده: العمات والخالات.

وأبدى الرافعي في هذا الموضع فائدةً، فقال: ذكرنا في الوقف [خلافًا][٦] في دخول بنات الأولاد في اسم البنات، وفي الوصيّة خلافًا في دخول جميع الجدات في اسم الأمهات، فإن[٧] قلنا بالدخول فالذي ذكرناه الآن في تفسير الأمهات والبنات حقيقة اللفظين، وإن لم نقل بالدخول، وهو الذي جرى عليه العراقيون، فقالوا: تحرم البنات بالحقيقة والمجاز، وكذلك سائر المذكورات إلا الأخت فلا مجاز فيها - فيمكن أن يقال: المراد بالآية التقييد المذكور، ويمكن أن يقال: المراد الحقيقة، وصور المجاز مقيسة بها؛ لأن الجد حكمه حكم الأب، وابن الابن حكمه حكم الابن في الميراث والولاية والعتق بالملك ورد الشهادة؛ فَلَأَنْ يكون كالأب والابن في التحريم - ومبناه على التغليظ - أولى، وقد ادعى ابن يونس أن دليل التحريم في ذلك الإجماع.

فروع:

أحدها: إذا زنى بامرأة، فأتت بابنةٍ[٨] - كره له نكاحها، فإن تحقق أنها منه فهل تحرم عليه؟ فيه وجهان، أصحهما: لا، وعن ابن القاصِّ وجهٌ مطلق: أنه لا يجوز للزانى نكاحها.

قال في «الشامل»: [وادعى][٩] أنه مذهب الشافعي، وإنما كره للزانى نكاح من

---

(١) في ب، س: أخصرهما.
(٢) في ب، س: فصوله.
(٣) في ب: بعيدة، وفي د: بعد.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: الأخت.
(٦) سقط في س.
(٧) في ب، س: وإن.
(٨) في س: بولد.
(٩) سقط في س.

أرضعته المزني بها، والأول هو المشهور.

الثاني: المنفية باللعان لا يجوز للملاعن نكاحها، إن كان قد دخل بالملاعنة[(١)].

وإن لم يدخل بها فوجهان، أصحهما: المنع.

قال في «التتمة»: وعلى هذا، ففي وجوب القصاص بقتلها، والحد بقذفها، والقطع بسرقة مالها، وقبول شهادته [لها][(٢)] - وجهان.

والفرق: أن سقوط العقوبة عن الأب إنما كان لأن العقوبة مشروعة للزجر، وفي طبع الآباء شفقة تمنع الجناية على الأولاد[(٣)]؛ فلا تقع الحاجة إلى[(٤)] الزجر [بالعقوبة][(٥)]، وعلة الولاية والشهادة: الشفقةُ، ولا شفقة بين النافي والمنفي، بل العداوة، والعتق بالملك؛ للمنع من الاستذلال حتى لا يؤدي إلى قطيعة الرحم، والرحم بينهما مقطوعة، فنفينا هذه الأحكام.

وأمَّا النكاح فيراد للنسب؛ ولهذا اختص بالذكر والأنثى؛ لأن الاستمتاع بينهما[(٦)] سبب التناسل، واكتساب سبب النسب في محل النسب لا يجوز، وفي المنفية شبهة النسب قائمة؛ فمنعنا العقد الذي يقصد[(٧)] به اكتساب النسب.

الثالث: إذا أقرّ أحد الابنين بنسب أخت، [وكذبه الآخر][(٨)] - فهل يحرم عليه نكاحها؟ قال القاضي: إن كانت مجهولة النسب ثبتت الحرمة[(٩)]، وإن كانت مشهورة النسب لغير من نسبها إليه هذا المُقِر، ففي ثبوت الحرمة[(١٠)] وجهان حكاهما الإمام في كتاب الإقرار.

قال: «**ويحرم عليه أم المرأة وجداتها**» - أي: بمجرد العقد، [سواء][(١١)] كانت من جهة الأب أو الأم؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، [وفيه وجه: أنها لا تحرم إلا بالدخول كالربيبة، واستدل هذا القائل بقوله تعالى: ﴿ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣] وأعاده على النساء في قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾][(١٢)] [النساء: ٢٣]، وهو قول الكوفيين، وهذا لا يصح؛ لاختلاف

---

(١) في د: بها لملاعنة.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: الولادة.
(٤) في س: على.
(٥) سقط في س.
(٦) في د: منها.
(٧) في س: يعضد.
(٨) في د: وكذبته الأخت.
(٩) في س: الحرية.
(١٠) في س: النسب.
(١١) سقط في س.
(١٢) سقط في ب، د.

العوامل، ذكره [مكي][(١)] في [شرح][(٢)] الهداية، ولما روى عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «مَنْ نَكَحَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ أُمَّهَاتُهَا، وَلَمْ تُحَرَّمْ عَلَيْهِ بِنْتُهَا»[(٣)]. ولما روي عن زيد بن ثابتٍ أنه سئل عن رجلٍ تزوج امرأة، ففارقها قبل أن يصيبها: هل تحل له أمها؟ فقال: لا الأم مبهم ليس فيها شرط، إنما الشرط في الربيبات[(٤)]. وروى عن ابن عباس أنه قال: «الأم مبهم؛ فأَبهِموا من أبهم[(٥)] الله»، وليس المراد إبهام الأم، وإنما المراد: تحريمها مطلقًا؛ فإنها لا تحل بوجه كالبهم من الخيل الذي لا يخالط[(٦)] لونَه لونٌ آخر. هكذا قاله المتولي؛ فتكون هذه الرواية كالمفسرة[(٧)] للآية.

قال: «وبنت المرأة وبنات أولادها» - أي: تحريم جمع؛ لأنه إذا حرم الجمع بين المرأة وأختها، مع جواز نكاحهما[(٨)] على الترتيب - [فَلأَنْ تحرم بينها وبين بنتها [ولا يجوز نكاحهما][(٩)] على الترتيب][(١٠)] كان أولى.

قال: «فإن بانت الأم منه قبل الدخول بها حَلَلْن له، فإن دخل بها حَرُمْن على التأبيد»؛ لقوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣].

قال الجوهري: الربيب: ابن امرأة الرجل من غيره، وهو بمعنى[(١١)]: مربوب،

(١) سقط في س. (٢) سقط في ب، د.

(٣) أخرجه الترمذي(٣/ ٤١٦) كتاب النكاح: باب ما جاء فيمن يتزوج المرأة ثم يطلقها قبل أن يدخل بها، رقم (١١١٧) من طريق ابن لهيعة، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده......به.
قال أبو عيسى: هذا حديث لا يصح من قبل إسناده، وإنما رواه ابن لهيعة، و المثنى بن الصباح، عن عمرو بن الشعيب، و المثنى بن الصباح و ابن لهيعة يضعفان في الحديث والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم، قالوا: إذا تزوج الرجل امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها حل له أن ينكح ابنتها، وإذا تزوج الرجل الإبنة فطلقها قبل أن يدخل بها لم يحل له نكاح أمها؛ لقول الله تعالى (﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾) وهو قول الشافعي و أحمد و إسحق.
قال الحافظ في التلخيص(٣/ ٣٦٠): تنبيه: تبين أن قول الرافعي ابن عمر فيه تحريف لعله من الناسخ والصواب ابن عمرو بزيادة واو.

(٤) أخرجه مالك في الموطا (٢/ ٥٣٣) كتاب النكاح، باب:ما لا يجوز من نكاح الرجل أم امرأته، برقم (٢٢)، ومن طريقه الشافعي في الأم (٥/ ٢٤).

(٥) في س: أبهمه. (٦) في ب، د: يخلط. (٧) في ب: كالمفسر.

(٨) في س: نكاحها. (٩) في س: فلا يحرم نكاحها.

(١٠) سقط في د. (١١) في س: معنى.

والأنثى: ربيبة، والرابُّ: زوج الأم، والرابة: امرأة الأب.

وذكر «الحجور» جريًا على الغالب [وما خرج مخرج الغالب لا مفهوم له][(١)]، كقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، ولما تقدم من الحديث، والفرق بين الأم والبنت ما قاله المتولي أن الرجل[(٢)] يبتلى في العادة بمكالمة أم الزوجة عقيب النكاح؛ لأنها هي التي ترتب الأمور، فحرمها الشرع بنفس العقد؛ حتى يتمكن من الخلوة بها، ويسهل عليها ترتيب أمرها، وما لا بدّ لها في أمر الزفاف منه، بخلاف البنت؛ فإنها لا تسعى في مصالح الأم؛ فانتفى هذا الغرض[(٣)].

ولا يحرم على الرجل بنت زوج الأم ولا أمه، ولا بنت زوج البنت [ولا أمه، ولا أم زوجة الأب ولا بنتها، ولا أم زوجة الابن ولا بنتها، ولا زوجة الربيب][(٤)]، ولا زوجة[(٥)] الراب.

قال: **ويحرم عليه أم من وطئها بملك أو شبهة**[(٦)] **وأمهاتها، [وبنت من وطئها بملك أو شبهة]**[(٧)]**، وبنات أولادها**؛ لأنه معنى تصير به المرأة فراشًا يثبت النسب، ويوجب العدة، فيتعلق[(٨)] به تحريم المصاهرة كالنكاح.

وفي «شرح فروع» ابن الحداد وغيره حكاية قول ضعيف: أن الوطء بالشبهة لا يثبت حرمة المصاهرة كالزنى.

والمذهب الأول؛ لأن الله تعالى قرن به النسب فقال - عزّ من قائل-: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ [الفرقان: ٥٤]، والنسب يثبت به؛ فكذلك حرمة المصاهرة.

ثم ذلك إذا شملت الشبهة الواطيء والموطوءة، فإن اختصت الشبهة بأحدهما والآخر زانٍ، مثل: أن يأتي الرجل فراش غير زوجته غالطًا، فيظن أنها زوجته، وهي عالمة، أو: أتت غير زوجها غالطة، وهو عالم، أو كانت جاهلة أو نائمة أو مكرهة، وهو عالم، أو مكنت العاقلة البالغة مجنونًا أو مراهقًا - فثلاثة أوجه:

---

(١) سقط في ب، س.
(٢) في س: الزوج.
(٣) في س: العوض.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: زوج.
(٦) زاد في التنبيه: وأمهاتها.
(٧) في س: وبنتها.
(٨) في س: فتعلق.

أصحها: أن الاعتبار بالرجل.

والثاني: بهما.

والثالث: أن الشبهة بأيّهما كانت تُثبت حرمةَ المصاهرة، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أنها تختص بمن اختص به الشبهة، حتى لو كان الاشتباه عليه حرم عليه(١) أمها وبنتها، ولا يحرم عليها أبوه وابنه، وكذلك العكس.

والثاني: أنها تعمهما(٢).

واعلم أن وطء الشبهة من ثلاثة أوجه [كما حكاها الإمام عن شيخه في باب حد الزنى:](٣).

أحدها: أن(٤) تكون في الفاعل بأن يجد على فراشه امرأة فيظنها زوجته أو أمته.

الثاني: أن تكون الشبهة في المحل(٥) بأن يكون له [في الموطوءة](٦) ملك، أو شبهة ملك كالجارية المشتركة يطؤها أحد الشريكين، أو وطئ جارية أبيه(٧)، أو مكاتبته.

الثالث: الشبهة في الطريق بأن يكون حلالاً له عند بعض أهل الاجتهاد، مثل: النكاح بلا ولي، ونكاح المتعة، ونظائرهما(٨).

ومتى وجدت إحدى هذه الشبه(٩) أسقطت الحد، وقال الصيرفي: الوطء في النكاح المختلف فيه يوجب الحد على من يعتقد تحريمه، [كما سنذكره إن شاء الله تعالى](١٠).

وأمَّا الزنى على صورة الجهل إذا كان الزانى قريب عهد بالإسلام فلا حدّ فيه، وهل يثبت النسب ويوجب المهر، ويكون الولد به حرًّا إن كان الفعل بأمةٍ؟ فيه وجهان، أصحهما: الثبوت.

والمجنون إذا وطئ هل يثبت النسب؟ فيه وجهان، الأصح الثبوت. هكذا نقله

---

(١) في س: عليها.
(٢) في ب، س: تعمها.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: بأن.
(٥) في س: الموطوءة.
(٦) في س: فيها.
(٧) في س: ابنه.
(٨) في ب: نظائرها.
(٩) في س: الشبهة.
(١٠) سقط في س.

البغوي في المتعة، ونقله[(١)] الإمام والغزالي [في غير المجنون][(٢)] في كتاب الرهن، ونقلا الكلام في المجنون، وأن حكمه حكم الجاهل من تخريج القاضي: [والظاهر من كلام الأصحاب فيه: عدم تعلق الأحكام وإن انتفى فيه الحد؛ لأنهم جعلوا وطأه زنى في باب حد الزنى، واحترزوا عن إدخال المجنون فيمن يجب عليه حد الزنى بقولهم: العاقل][(٣)].

ثم الأحكام التي تتعلق بالوطء وتختلف بالشبهة وعدمها خمسة: النسب، والعدة، وهما معتبران بالرجل، فإن ثبتت الشبهة في حقه [ثبتا، وإلا لم يثبتا. والمهر يعتبر بالمرأة، وسقوط الحد يعتبر بمن وجدت الشبهة في حقه،][(٤)] وحرمة المصاهرة، وفيها ما ذكرناه من الخلاف.

ثم لتعلم أن الوطء في النكاح وملك اليمين كما يوجب الحرمة يوجب المحرميَّة حتى يجوز للواطئ المسافرة بأم الموطوءة وابنتها، ولابنه الخلوة والمسافرة بها. وفي وطء الشبهة وجهان - ويقال: قولان-:

أحدهما: أن الحكم كذلك، وهو الأصح عند الإمام.

والثاني: المنع، وهو الأصح عند عامة الأصحاب. وحكوه عن نصه في «الإملاء»؛ لأنه لا يجوِّز الخلوة بالموطوءة والمسافرة بها فبأمها[(٥)] وابنتها أولى، وليس كالوطء في النكاح وملك اليمين؛ [لأن أم الموطوءة وابنتها يدخلان عليها، ويشق عليهما الاحتجاب عن زوجها،][(٦)] ومثل هذه الحاجة مفقودة[(٧)] هنا، والله أعلم.

فائدة: أطلق الشيخ في «المهذب» قوله بأن وطء الشبهة [حرام، وحمله بعض مشايخنا على الشبهة في الموطوءة كما ذكرناه، وجزم القول بأن الشبهة][(٨)] في الفاعل لا تحرم الوطء؛ فإن التحريم يلازمه الإثم[(٩)]، ولا إثم على من وطئ امرأةً وجدها في فراشه على ظن أنها زوجته، والذي دلّ عليه كلام الأئمة: أن هذا النوع حرام، وقد صرح به القاضي الحسين في «التعليق» عند الكلام فيما إذا قال

---

(١) في س: نقل.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في ب، س.
(٤) سقط في س.
(٥) في د: فأمها.
(٦) سقط في د.
(٧) في س: منتفية.
(٨) سقط في س.
(٩) في ب: التحريم.

لزوجته: أنت طالق للسُّنَّة، ثم قال: ولا يأثم به؛ لأنه لم يقصد ذلك. وصرح به أيضًا [كذلك البندنيجي عند الكلام في قتل الخطأ، وكذا][(١)] المحاملي في «المجموع» في كتاب «اللعان» عند الكلام فيما يسقط الحضانة، وإيراد ابن الصباغ في ذلك الموضع يدلُّ عليه؛ حيث قال: الثالث: أن يطأ في غير ملكٍ وطًأ حرامًا ليس بزنى، مثل: أن يطأ بشبهة، أو عقد فاسد، أو جارية ولده. وحكى أيضًا في ضمن مسألة من كتاب اللعان، وهي إذا قال: هذا الحمل ليس مني، عن القاضي أبي الطيب: أنه حكى عن أبي إسحاق وأبي علي الطبري أنهما قالا: إذا قذفها بالزنى، أو بوطء شبهةٍ، أو إكراه تلاعنا[(٢)]، ويجوز أن يسمى ذلك قذفًا؛ لأنه وطء حرام.

وفي «النهاية» في فصل أوّله: «اللعان لا يجري[(٣)] إلا بعد أن تُنسب المرأة إلى وطءٍ محرم في النكاح»-: وإن أحببنا قلنا: إلى وطءٍ لا يحكم بتحليله، حتى لا يمنع وطء الشبهة عن الدخول، والله أعلم.

قال: «**فإن لمسها بشهوةٍ فيما دون الفرج ففيه قولان:**»

أحدهما: أنه لا يحرم؛ لمفهوم قوله تعالى: ﴿دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣] فشرط الدخول في التحريم. ولأنه لا يوجب العدة؛ فلذلك[(٤)] لا يثبت تحريم المصاهرة، وهذا هو الأصح عند الإمام واختيار ابن أبي هريرة وابن القطان وغيرهما.

والثاني: أنه يحرم، وهو اختيار صاحب «التهذيب» والقاضي الروياني؛ لأنها مباشرة [لا تستباح إلا بالملك، فثبتت حرمة المصاهرة كالوطء، ولأنه تلذذ بمباشرة][(٥)] فأشبه الوطء، ولأنه استمتاع يوجب الفدية على المُحْرِم فكان كالوطء.

واعلم أن محل القولين عند معظم الأصحاب ما إذا كان ذلك [بشهوةٍ][(٦)]، كما ذكره الشيخ، فأمَّا اللمس بغير شهوة فلا أثر له في التحريم.

قال الإمام: ومنهم من أرسل ذكر الملامسة ولم يقيده بالشهوة؛ فيجوز أن يقال: تكفي صورة الملامسة [كما تكفي في نقض الطهارة.

وحكم المفاخذة والتقبيل حكم الملامسة][(٧)]، والوطء في الدبر [حكمه][(٨)]

---

(١) سقط في ب، س.
(٢) في ب، س: لاعنا.
(٣) في د: ينجري.
(٤) في س: فكذلك.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في س.
(٧) سقط في س.
(٨) سقط في ب، س.

حكم الوطء في القبل، قاله في «الذخائر».

وقال في «التتمة»[١]: إن وطئها في الدبر ظانًّا أنه القبل فيوجب[٢] التحريم، وإن كان عالمًا به فوجهان، وقد تقدم حكاية وجهٍ فيه فيحمل على هذه الصورة، وأمَّا النظر بشهوة فلا يقتضي حرمة المصاهرة، ومنهم من حكى فيه قولاً ضعيفًا عن العراقيين، ثم خصصه بعضهم بالنظر إلى الفرج، [وهو ذكر الرجل][٣] وقبل المرأة، ومنهم من لم يفرق بين الفرج وغيره، ومنهم من خصصه بما يحرم النظر إليه من الرجل والمرأة على ما حكاه في «الذخائر».

وتثبت[٤] حرمة المصاهرة [بما][٥] إذا استدخلت المرأة ماء زوجها، أو ماء أجنبي بالشبهة، كما يثبت [به][٦] النسب وتجب [به][٧] العدة، وإن كان في تقرير المهر ووجوبه للمفوّضة وثبوت الرجعة ووجوب الغسل ووجوب المهر في صورة الشبهة - وجهان، أصحهما: المنع.

وإن أنزل الأجنبي بزنى لم يثبت النسب باستدخاله، [ولا حرمة للمصاهرة كالوطء، وإن أنزل الزوج بالزنى حكى صاحب «التهذيب»: أنه لا يثبت النسب][٨]، ولا حرمة المصاهرة ولا تجب [به][٩] العدّة وقال من عند نفسه: وجب أن تثبت هذه الأحكام؛ كما لو وطئ زوجته على ظن أنه زنى.

قال: «**ويحرم عليه زوجة أبيه**[١٠] **وأزواج آبائه**»[١١] أي: من قِبَل الأب أو الأم؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢] على ما ذهب إليه أكثر المفسرين.

قال: **وزوجة ابنه وأزواج أبنائه**[١٢]؛ لقوله تعالى ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، وقوله: ﴿مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ﴾ بيان لعدم تحريم زوجة [ولد][١٣] التبنِّي. وكذلك يحرم عليه نكاح زوجات أولاد البنات، وهذا التحريم

(١) في س: الذخائر.
(٢) في س: فيرتب.
(٣) سقط في س.
(٤) في ب، د: ثبتت.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في ب، د.
(٧) سقط في ب، د.
(٨) سقط في س.
(٩) سقط في ب، د.
(١٠) في د، س: ابنه.
(١١) في د: أبنائه.
(١٢) في التنبيه: أولاده.
(١٣) سقط في س.

يحصل بالعقد، وفي «تعليق» القاضي الحسين في كتاب الرجعة: أن الرجل إذا طلق زوجته، ثم اختلفا، فقالت الزوجة: دخل بي، وأنكر الزوج أنها تحرم على أبيه وابنه، وإن ادعى الزوج الدخول وأنكرت المرأة فلا تحرم على أبيه وابنه. ولم أَرَ ذلك في غير هذا الكتاب، فلعله سهوٌ من الناسخ.

قال: **ومن دخل بها الأب بملكٍ أو شبهةٍ، أو دخل بها آباؤه، أو دخل بها الابن بملك**[١] **أو شبهةٍ**[٢]**، أو دخل بها أولاده**؛ لما سبق».

قال: **فإن**[٣] **تزوج امرأةً [ووطئها**[٤]**]**[٥] **أبوه أو ابنه بشبهة، أو وطئ هو أمَّها أو بنتها بشبهة - انفسخ نكاحها**»؛ لأنه معنى يوجب تحريمًا مؤبدًا، فإذا طرأ على النكاح أبطله[٦] كالرضاع.

ويجب للموطوءة على الواطئ مهر مثلها، وهل يجب لها على زوجها شيء مع ذلك؟ قال ابن الحداد: لا يجب، وعلله ابن الصباغ بأنّ الفسخ جاء من قِبَلها دونه[٧]، وهي مطاوعة على الوطء.

وقال آخرون: يجب عليه نصف ما سمّى لها.

وتوسط الشيخ أبو علي، فقال: إن كانت نائمة أو مكرهةً، أو صغيرةً لا تعقل فلها نصف المسمّى على الزوج. وإن كانت عاقلةً وطاوعت؛ ظانَّةً أن الواطئ زوجها فلا مهر لها.

نعم، لو اشتبه الحال في هذه الصورة فيتجه التردد هنا على ما قاله ابن الحداد والأصحاب.

وإذا أوجبنا على الزوج نصف المسمّى، فهل يطالب الواطئ بشيء؟

قال الرافعي وغيره هنا: نعم؛ لأنه قد أفسد عليه النكاح. وفي قدر ما يرجع به ثلاثة أقوال كما في الرضاع:

أحدها: مهر المثل.

والثاني: نصفه.

---

(١) زاد في التنبيه: اليمين.
(٢) في التنبيه: بشبهة.
(٣) في التنبيه: وإن.
(٤) في التنبيه: ثم وطئها.
(٥) في التنبيه: ثم وطئها.
(٦) في س: أفسده.
(٧) في س: دونها.

والثالث: ما غرمه.

وقال ابن الصباغ في كتاب الرضاع حكاية عن المذهب: إنه لا يجب عليه مهرٌ [للزوج][(١)].

والفرق بينه وبين الرضاع: أن الأب إذا وطئ وجب لها عليه المهر؛ فلا يجب عليه شيء آخر، بخلاف الرضاع.

وقال أبو حامدٍ: إنه يجب كما في الرضاع.

وفي «التتمة» حكاية وجهين في هذه المسألة، وصحح وجه الوجوب.

ثم هذا كله إذا لم يكن الزوج قد دخل بها، فإن [كان قد][(٢)] دخل بها، فهل يجب على الواطئ للزوج شيء؟ يتجه تخريجه على نظير المسألة في الرضاع، والمذهب فيها: أنه يجب على المفسد للزوج مهر المثل.

وقيل: لا يجب عليه [شيء][(٣)].

قال: «**ويحرم عليه أن يجمع بين المرأة وأختها**» أي: من الأبوين أو من أحدهما، ابتداءً أو دوامًا؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَۚ﴾ [النساء: ٢٣]، ولقوله ﷺ: «مَلْعُونٌ مَنْ جَمَعَ مَاءَهُ[(٤)] فِي رَحِمِ أُخْتَيْنِ»[(٥)].

قال: «**وبين المرأة وعمتها، وبين المرأة وخالتها**»، أي: ابتداءً أو دوامًا؛ لقوله -ﷺ-: «لا يَجْمَعُ الرَّجُلُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ [وَعَمَّتِهَا][(٦)]، وَلا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا»[(٧)].

---

(١) في د: الزوج، وسقط في س.

(٢) في د: كانا.

(٣) سقط في س.

(٤) في س: ماء.

(٥) لم أجده بهذا اللفظ.

وذكره السيوطي في الدر المنثور (٢/ ٢٤٥) عن وهب بن منبه، أنه سأله عن وطء الأختين الأمتين؟ فقال: أشهد أنه فيما أنزل الله على موسى عليه السلام: إنه ملعون من جمع بين الأختين.

وعزاه لابن أبي شيبة، وابن المنذر، عن وهب بن منبه.

وقال الحافظ في التلخيص(٣/ ٣٦١) بعد أن ذكر قبله حديث: من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماءه في رحم أختين:

لا أصل له باللفظين وقد ذكر ابن الجوزي اللفظ الثاني ولم يعزه إلى كتاب من كتب الحديث،وقال ابن عبد الهادي: لم أجد له سندا بعد أن فتشت عليه في كتب كثيرة.

(٦) سقط في د.

(٧) أخرجه البخاري (٩/ ٦٤)، كتاب النكاح، باب: لا تنكح المرأة على عمتها (٥١٠٩)، وطرفه في (٥١١٠)، ومسلم (٢/ ١٠٢٨)، كتاب النكاح، باب: تحريم الجمع بين المرأة وعمتها (٣٣/ ١٤٠٨).

وكذا لا يجمع الرجل بين المرأة وخالة أحد أبويها، أو عمة أحد أبويها، والمعنى فيه: أن ذلك يؤدي إلى قطع الرحم؛ لما في الطباع من التباين والغَيْرة من الضرات.

وجملة من يحرم الجمع بينهما: كل شخصين لا يجوز لأحدهما أن يتزوج بالآخر لو كان ذكرًا لأجل القرابة، [وقولنا: «لأجل القرابة»][١]، يحترز به عن المرأة وأم زوجها، وإن شئت قلت: وزوجة ابنها[٢]. [وعن المرأة وابنة زوجها][٣]؛ فإنه يجوز أن يجمع بينهما، وإن كان لا يجوز[٤] لأحدهما أن ينكح الأخرى [لو كان ذكرًا][٥].

قال الرافعي: [ولو][٦] قلت يحرم الجمع بين امرأتين أيتهما[٧] قُدِّرت ذكرًا حرمت الأخرى عليه، لاكتفيت به؛ لأن الصورتين المحترز عنهما لا يطرد التحريم في كل واحدة لو[٨] قدرناها ذكرًا. إذا تقرر ذلك، فلو نكح من يحرم الجمع بينهما [معًا][٩] بطل نكاحهما، وإن نكح واحدة، ثم نكح الأخرى قبل أن أبان الأولى - فنكاح الثانية باطل، فإن[١٠] وطيء الثانية بشبهة لم ينفسخ نكاح الأولى، لكن يستحب ألا [يطأ الأولى][١١] حتى تنقضي عدة الموطوءة، فإن أبان الأولى صح نكاح الثانية.

فرع: لو ادعى الزوج أن الأولى أخبرته بانقضاء عدتها في زمن الإمكان، وأراد نكاح الأخرى[١٢]، فكذبته الأولى وقالت: لم تنقضِ عدتي بعدُ - فله نكاح أختها؛ لزعمه انقضاء عدتها، ومؤاخذته بمقتضى قوله في تحريمها عليه، ولو طلقها لا يقع طلاقه، ولو وطئها وجب عليه الحد.

وقال القفال والحليمي: ليس له نكاح أختها، ولو طلقها وقع، ولو وطئها[١٣] لا يحدُّ.

والأول[١٤] أظهر، وهو المحكى عن نصه في «الإملاء»، وتجب لها النفقة.

---

(١) سقط في س.
(٢) في ب، د: أبيها.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: يحل.
(٥) سقط في ب، د.
(٦) في ب، س: لو.
(٧) في س: لو.
(٨) في س: ولو.
(٩) سقط في س.
(١٠) في ب، س: وإن.
(١١) في س: يطأها.
(١٢) في س: الثانية.
(١٣) في س: وطئ.
(١٤) في د: الأولى.

قال: «وما حرم من ذلك بالنسب حرم بالرضاع»؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]، فنص على الأم والأخت، وقسنا الباقي عليه، ولقوله - ﷺ -: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ[١] مَا يَحْرُمُ مِنَ الوِلَادَةِ»[٢]، ويُرْوَى: «مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ»[٣].

قال في «التهذيب»: أربع من النسوان يُتَصَوَّرْنَ حلالاً في الرضاع، ولا يتصور وجود ذلك في النسب: أم أختك، وأم نافلتك، وجدّة ولدك، وأخت ولدك.

فهؤلاء في النسب حرام؛ لأن أم أختك: إمّا أمك أو زوجة أبيك، وأم نافلتك إمَّا بنتك أو زوجة ابنك، وجدة ولدك: إما أمك أو أم زوجتك، وأخت ولدك إما [بنتك أو ربيبة][٤]. وفي الرضاع يتصور أن يكنَّ[٥] حلالاً إذا كانت المرضعة لهن أجنبية، وزاد غيره: أم العم والعمة، وأم الخال والخالة. وهذه الصور غير واردة على من أطلق ولم يستثنها؛ لأن التحريم فيها جاء من قبل المصاهرة، لا من قبل النسب، وقد ذكر الرافعي هذا في كتاب الرضاع، وإن كان قد قال في هذا الباب -كما قاله البغوي-: لكن يلزم على ذلك ألا يكون في كلام الشيخ ما يدل على [تحريم][٦] المصاهرة عند فقد النسب وثبوت الرضاع، [وقد قال الأئمة: إن ما يحرم بسبب المصاهرة عند ثبوت النسب، يحرم عند ثبوت الرضاع][٧]، ولا يستثنى من ذلك إلا ما ذكرناه. وأمَّا قوله تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣]، فقد ذكرنا أن ذلك [ذكر][٨]؛ ليخرج ولد التبنِّي، وإلا فالوالد من الرضاع تحرم موطوءته كما تحرم موطوءة الابن من النسب، والله أعلم.

---

(١) في س: الرضاع.

(٢) أخرجه البخاري (٥/ ٥٨٠-٥٨١) كتاب الشهادات، باب: الشهادة على الأنساب، برقم (٢٦٤٦)، ومسلم واللفظ له (٢/ ١٠٦٨)، كتاب الرضاع، باب: يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة برقم (٢/ ١٤٤٤)، من حديث أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها-.

(٣) أخرجه البخاري (٥/ ٥٨٠) كتاب الشهادات، باب: الشهادة على الأنساب، برقم (٢٦٤٥)، من حديث ابن عباس ولفظه: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.
وأخرجه مسلم (٢/ ١٠٧٠) كتاب الرضاع، باب: تحريم الرضاعة من ماء الفحل، برقم (٩/ ١٤٤٥) من حديث أم المؤمنين عائشة ولفظه: فإنه يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب

(٤) في ب، د: ربيبة أو بنت.

(٥) في ب، س: يكون.

(٦) سقط في س.

(٧) سقط في س.

(٨) سقط في س.

فرع: إذا اختلطت من لا يحل له نكاحها بسبب الرضاع بعددٍ من النساء، هل يحل له أن ينكح واحدة منهن؟ ينظر:

إن كان العدد لا ينحصر لآحاد الناس: كنسوةِ بلدٍ أو قريةٍ كبيرة، فله نكاح واحدة منهن، قال الإمام: وهذا ظاهر إذا عم الالتباس، أمَّا إذا أمكنه نكاح امرأةٍ لا يرتاب فيها، فيحتمل أن يقال: لا ينكح اللواتي يرتاب فيهن، والظاهر: أنه لا حجر [عليه][1].

وإن كان الاختلاط بنسوةٍ معدودات يتمكن آحاد الناس من عددهن، فليتجنبهن.

وحكى في «الوسيط» وجهًا: أن له أن ينكح واحدة منهن بالهجوم، وهو ضعيفٌ، وهذا يؤخذ من كتاب «التنبيه» من كتاب الرضاع حيث قال: وإن وطئ رجلان امرأة فأتت بولدٍ، فارتضع طفل بلبنه... إلى آخره، فعلى المذهب: لو خالف ونكح إحداهن، حكى الشيخ أبو علي فيه وجهين، والأصح منهما: المنع.

آخر: إذا نكحت المرأة، ثم ادعت أن بينها وبين الزوج رضاعًا محرمًا.

قال: ومن حرم نكاحها [ممن ذكرناهن[2]][3] **حرم بالرضاع ومن حرم نكاحها ممن ذكرناه حرم وطؤها بملك اليمين**؛ لأنه إذا حرم النكاح فَلَأَنْ يحرم الوطء -وهو المقصود- بطريق الأولى. وإذا ملك أختين أو جارية وعمتها أو خالتها، كان له أن يطأ أيتهما شاء، فإذا وطئها لم يحل له وطء[4] الأخرى حتى يحرم على نفسه الموطوءة ببيع كلها أو بعضها وينقضي بالخيار، أو بالهبة مع الإقباض، أو العتق، أو التزويج، أو الكتابة، وإلا كان جامعًا بين الأختين، فلو خالف ووطئها قبل ذلك لم يعد إلى وطئها حتى يحرم الأولى بأحد ما ذكرناه.

ولا يكفى الحيض والإحرام والعدة عن وطء الشبهة وعروض الردة. وفي الرهن وجهان، أصحهما المنع. ولو باع بشرط الخيار بحيث يجوز للبائع الوطء لا تحل به الثانية، وحيث لا يجوز فوجهان، قال الإمام: والوجه عندى القطع بحل الأخرى؛ لثبوت الملك للمشترى ونفوذ تصرفاته؛ ولذلك[5] لا يكفى لحل وطء الثانية استبراء الأولى. وعن القاضي الحسين: أن القياس يقتضي الاكتفاء به.

وذكر القاضي ابن كجٍّ أن القاضي أبا حامدٍ قال: غلط بعض أصحابنا فقال: إذا

(١) سقط في ب، د.
(٢) في التنبيه: ذكرناه.
(٣) في س: فيمن ذكرناه.
(٤) في س: نكاح.
(٥) في س: كذلك.

قال: حرّمتها على نفسي، حرمت عليه، وحلت له الأخرى.

فرع: لو ملك أمة، فادّعت أنها أخته من الرضاع[١]، نظر: إن كان ذلك قبل أن يملكها[٢] حرمت عليه، ولا تحل له، وإن ادعت ذلك بعد أن مكنته من الوطء فلا تحرم.

وإن كان بعد [أن ملكها][٣] وقبل أن تمكنه[٤]، فهل تحرم؟ فيه وجهان، وهما يجريان فيما لو ادعت أنها موطوءة الأب، بخلاف ما لو ادعت أنها أخته من النسب، وهي مجهولة النسب؛ فإنها لا تحرم.

وفُرِّق بينهما بأن التحريم بالنسب إنما يثبت إذا ثبت النسب، والنسب لا يثبت بقول النساء، وأمَّا الرضاع فيثبت بقولهن؛ فكذلك التحريم مثله، قاله القاضي الحسين في «التعليق» في كتاب الطلاق.

آخر: الوطء في الموضع المكروه كالوطء في الفرج في تحريم الأخرى، وفي اللمس، والقبلة، [والنظر][٥] بشهوة مثل الخلاف المذكور في حرمة المصاهرة.

تنبيه: قول الشيخ: ممن ذكرناهن[٦]، فيه فائدة حسنة؛ فإنه لو قال: ومن حرم نكاحها حرم وطؤها بملك اليمين، اندرج فيه الأمة الكتابية؛ فإنه لا يحل للمسلم نكاحها، ويحل له وطؤها بملك اليمين.

قال: «**وإن وطئ أمته بملك اليمين، ثم تزوج أختها أو عمتها أو خالتها - حلت المنكوحة، وحرمت المملوكة**»؛ لأن فراش النكاح أقوى في استباحة الوطء؛ لأنه يملك به حقوقًا لا تملك بفراش المملوكة: كالطلاق، والظهار، والإيلاء، واللعان، وسائر الأحكام، ولأن ولد المنكوحة لا ينتفي إلا باللعان[٧] ويلحق بالإمكان، وولد المملوكة ينتفي بدعوى الاستبراء، ولا يلحق[٨] بالإمكان، وذلك دليل القوة والضعف، وإذا كان فراش النكاح أقوى لم يندفع بالأضعف؛ كما أن ملك اليمين لمَّا كان أقوى في ملك الرقبة؛ من حيث إنه يملك به الرقبة

---

(١) في ب، د: الرضاعة.
(٢) في س: تمكنها.
(٣) في س: ملكها.
(٤) في س: مكنته.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: ذكرناه.
(٧) في س: باللعان.
(٨) في س: باللعان.

والمنفعة إذا طرأ على النكاح - ثبت، وسقط [به][(١)] به النكاح، وكذلك لو كان في نكاحه إحدى الأختين مثلاً، فملك الأخرى فالمنكوحة حلال كما كانت، والتي ملكها حرام عليه[(٢)].

قال: «ويحرم على المسلم نكاح المجوسية»؛ لأن الأصل في الكفار تحريمهن؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١]، ثم خصص الله - سبحانه وتعالى - منهن أهل الكتاب بقوله: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥]، ولم يثبت للمجوس[(٣)] كتاب، وإذا كان الأصل التحريم فلا يباح بالشك.

وقال أبو ثور: إنه يجوز نكاحها؛ لأنها تُقَرُّ على دينها بالجزية، فيجوز نكاحها كاليهودية. وقد نُقِلَ عن الشافعي قولٌ مثله.

وقال أبو إسحاق وأبو عبيد بن حربويه: جواز نكاحها مبني على أن المجوس هل كان لهم كتاب أم لا؟ وفيه قولان، أشبههما: نعم، فعلى هذا يجوز نكاحها، [على القولين][(٤)] وعلى مقابله لا يجوز، والمذهب: أنه لا يجوز نكاحها على القولين جميعًا؛ لما روى عن عبد الرحمن بن عوف أنه - عليه الصلاة والسلام- قال: «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ، غَيْرَ نَاكِحِي نِسَائِهِمْ وَلا آكِلِي ذَبَائِحِهِمْ»[(٥)]، وأمّا

---

(١) سقط في ب، د.

(٢) في ب، د: عليها. (٣) في ب، د: لهن. (٤) سقط في ب، د.

(٥) لم أجده بهذا اللفظ ولكن أخرجه مالك في الموطأ (١/ ٢٧٨) في كتاب الزكاة، باب: جزية أهل الكتاب والمجوس (٤٢)، والشافعي (٢/ ١٣٠) كتاب الجهاد: باب ما جاء في الجزية، برقم (٤٣٠)، وعبد الرزاق (٦/ ٦٨-٦٩) برقم (١٠٠٢٥)، وابن أبي شيبة (٢/ ٤٣٥) برقم (١٠٧٦٥)، وأبو عبيد في الأموال ص (٤٠) حديث (٧٨)، والبيهقي (٩/ ١٨٩-١٩٠) كلهم من طرق عن جعفر بن محمد، عن أبيه، أن عمر بن الخطاب ذكر المجوس فقال: ما أدري كيف أصنع في أمرهم، فقال عبد الرحمن بن عوف: أشهد لسمعت رسول الله ﷺ يقول: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب».

وفي تنوير الحوالك للسيوطي (١/ ٢٠٧) قال ابن عبد البر: هذا حديث منقطع فإن محمد ابن علي لم يلق عمر ولا عبد الرحمن بن عوف.

وأخرجه عبد الرزاق (٦/ ٦٩) برقم (١٠٠٢٨)، وابن أبي شيبة واللفظ له (٣/ ٤٨٨) برقم (١٦٣٢٥)، والحارث بن أبي أسامة كما في بغية الباحث (٢/ ٦٩٠) برقم (٦٧٥). عن الحسن ابن محمد بن علي بن أبي طالب قال: كتب رسول الله ﷺ إلى مجوس هجر يسألهم الإسلام فمن أسلم قبل منه إسلامه، ومنه أبي أخذت من الجزية، غير ناكحي نسائهم، ولا آكلي ذبائحهم.

[حقن الدم][1]؛ فلأن لهم شبهة كتاب[2]، والشبهة في الدم تقتضي الحقن، وفي البضع تقتضي الحظر، والكتاب إنما يفيد الحل إذا قال من أثبته: إنه كان متلوًّا [ومتضمنًا][3] للأحكام، فإن قنع من قال [به][4] بأصل الكتاب لزمه مثله في صحف إبراهيم - عليه السلام - وما في معناه، والله أعلم.

قال: والوثنيّة؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١]، وكذلك الحكم في عَبَدَة الأصنام، والبقر، والشمس، والقمر، والمُعَطِّلة، والدهرية. وهل تحل الوثنية لمن هو من أهل الكتاب؟ فيه وجهان.

قال: «والمرتدة»؛ للآية؛ ولأنها أسوأ حالاً من الوثنيّة؛ لأن الوثنية تقر على دينها بالرق، بخلاف المرتدة، كذا علله المتولي، وكذلك الحكم في الزنديقة.

قال: «والمتولدة[5] [بين][6] **المجوسي والكتابيَّة**»؛ لأن الولد ينسب إلى الأب، ويشرف بشرفه؛ فأُعطي حكمه.

قال: «وهل تحرم المتولدة بين الكتابي والمجوسيّة؟ فيه قولان:»

أحدهما: لا؛ لما مرَّ أن الولد ينسب إلى أبيه، والأب كتابي فيحلّ؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥].

والثاني: المنع، وهو الأصح في «التهذيب»، والمذهب في «التتمة»؛ تغليبًا للتحريم؛ كما أن المتولد بين[7] المأكول وغير المأكول حرام، وليس كما لو كان أحد الأبوين مسلمًا؛ فإنه يجعل مسلمًا؛ لأن الإسلام لا يُشْرَكُ[8] الشركَ[9]؛ فغلب لعلوه، والشرك يَشْرَكُ[10] الشرك؛ فاستويا.

وعلى هذا: إذا بلغت المتولدة بين الكتابي والمجوسية، وتدينت بدين الكتابي[11] - فالمذهب أنها لا تحل [كالمجوسيّة إذا دانت اليهوديَّةَ بعد البلوغ. وقيل: تحل][12]؛ لأن فيها شبهة[13] من كل واحد منهما، إلا أنَّا غلبنا جانب

---

(١) في س: حقوق دمائهم.
(٢) في د: الكتاب.
(٣) في س: أو متضمنًا.
(٤) سقط في س.
(٥) في التنبيه: المولودة.
(٦) سقط في ب.
(٧) في د: من.
(٨) في س: يشارك.
(٩) في د: المشرك.
(١٠) في س: يشارك.
(١١) في س: أهل الكتاب.
(١٢) سقط في د.
(١٣) في التنبيه: شعبة.

الحظر ما دامت محكومًا عليها بحكم الأبوين، فإذا بلغت فلها حكم نفسها، [ولها أن تدين بدين أي الأبوين شاءت][(١)]، هكذا قاله في «التهذيب»، [ومثله حكاه عن رواية الإمام في باب الصيد والذبائح][(٢)].

ولو تدينت بدين المجوس، فالحكاية عن القفال: أنها تمكن منه، ويجرى عليها حكم المجوس.

وقال الإمام: لا يمتنع أن يقال: إذا أثبتا لها حكم اليهودية[(٣)] بالمناكحة فنمنعها من التمجُّس إذا منعنا الكافر [من][(٤)] الانتقال من دينٍ إلى دين.

وتحل مناكحة اليهود والنصارى إن كان آباؤهم من بنى إسرائيل وقوم عيسى؛ لأنه [اجتمع لهم][(٥)] شرف النسب والتعلُّق[(٦)] بالكتب، أمَّا من لم تكن منهم، ودخل [أول آبائها][(٧)] في دينهم فله خمس أحوال:

إحداها: أن يدخل بعد بعثته - عليه السلام - ونسخ شريعتهم، فلا تحل مناكحتهم.

والثانية: أن يدخل قبل بعثته - عليه السلام - وقبل التحريف أو بعده، ولكن عرف المحرّف فاجتنبه - فقد قال العراقيون: تحل مناكحتهم، وحكى الخراسانيون قولاً: أنها لا تحل؛ رعاية لشرف النسب.

والثالثة: أن يدخل بعد[(٨)] التبديل، وآمن بالمبدَّل، فقد قطع بعضهم بالبطلان، وهو اختيار العراقيين، وقيل: فيه قولان.

والرابعة: أشكل: هل دخل قبل التبديل أو بعده؟ جزم العراقيون بالتحريم، وحكى المراوزة فيه قولين.

والخامسة: أشكل: [هل دخل قبل][(٩)] النسخ أو بعده؟ فلا تحلُّ [مناكحتهم][(١٠)].

وقال في «التتمة»: حكمه حكم اليهوديّة إذا تنصرت في زماننا، والحكم فيها ينبني

---

(١) في ب، د، س: وله أن يدين بدين أي الأبوين شاء.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: اليهود في.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في س.
(٦) في ب، س: التعليق.
(٧) في س: آباؤها.
(٨) في د: قبل.
(٩) سقط في س.
(١٠) سقط في س.

على أنَّها هل تُقَرُّ على النصرانية أم لا؟ إن قلنا: تقرُّ، جاز، وإلا فلا، ومن دان بدين اليهود[١] بعد مبعث عيسى - عليه السلام - كمن دان به بعد مبعث رسول الله ﷺ.

وقيل: كمن دان بعد التحريف.

وأمَّا السامرة[٢] فهل هم من اليهود، والصابئة من النصارى؟ فيهم[٣] أربعة طرق:

القطع بأنهم منهم.

القطع بأنهم ليسوا منهم، وهو اختيار الإصطخري.

طَرْدُ القولين، نقلهما أبو علي عن الخراسانيين.

والمذهب الذي ذهب إليه [جمهور الأصحاب][٤]: أنهم إن كانوا يخالفون اليهود والنصارى في أصول الأديان فليسوا منهم، وإن وافقوهم في أصول الدين وخالفوهم في فروعهم، فهم منهم.

وقطع العراقيون بحل مناكحتهم إذا قلنا: إنهم منهم، وكذلك القاضي الحسين في باب [عقد الذمة][٥]، وتردد فيه الخراسانيون.

ووجه المنع: أنهم كالمبتدعة في ديننا، ومبتدعة ديننا تحل مناكحتهم؛ لأمور سمعيّة [منعتنا من][٦] ذلك وهي مفقودة في حقهم.

وأمَّا غير اليهود والنصارى من أهل الكتب: كمن يؤمن بصحف إبراهيم وشيث، وزَبُور داود، فلا يحلُّ للمسلم مناكحتهم؛ لأن ما فيه مواعظُ، وليس بحُكْم.

وقال في «التتمة»: «حكمهم حكم المجوس».

[وحكى القاضي أبو الطيب في «تعليقه» في باب «عقد الذمة» عن أبي إسحاق: أنه تحل مناكحتهم، وتحل ذبائحهم][٧].

إذا تقرر ذلك فيكره نكاح من قلنا[٨]: يحل نكاحها، حربيّة كانت أو ذميّة، والكراهة في الحربيّة أشد؛ خشية من أن تسبى فيُسترَق ولده ولا يصدَّق بأنه مسلم.

وقيل في الذمية: إنه لا يكره نكاحها، وهو ما حكاه الغزالي.

---

(١) في د: اليهودية.
(٢) في س: الصائبة.
(٣) في س: فيه.
(٤) في س: الجمهور.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: فمنعنا.
(٧) سقط في س.
(٨) في د: قبلنا.

وحكى الإمام ترددًا في [كراهة][1] نكاح الحربيّة عن الأصحاب، ونقل في «الحلية» للشاشي[2] وجهًا عن بعض العراقيين: أنه لا يصح نكاح المسلم الحربية.

وحكم حل ذبيحةِ من ذكر، ووطئه بملك اليمين إذا كان امرأة - حُكْمُ نكاحِهِ، والله أعلم.

قال: «ويحرم على المسلم نكاح الأمة الكتابيّة»، أي: حرًّا كان أو عبدًا؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَـٰتِ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُم مِّن فَتَيَـٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ﴾ [النساء: ٢٥].

ولأنه اجتمع فيها نقصانان[3] لكل منهما أثر في المنع من النكاح، فلا يجوز للحرّ المسلم نكاحها كالمجوسية الحرة، والنقصان في الفرع: الكفر والرق، وفي الأصل: الكفر؛ ولأنها إن كانت لكافرٍ استُرِقَّ ولده، وإن كانت لمسلم لا يأمن أن ينقلها لكافر فيسترق[4] ولده.

ونقل في «الذخائر»: أن بعض الأصحاب خرّج وجهًا في جواز نكاح الأمة الكتابية إذا كانت مملوكة لمسلم، وضعفه.

وقيل: إن كان عبدًا هل له[5] نكاحها، وهل يحرم على الحرّ الذمي؟ فيه وجهان، أصحهما: الجواز، والصحيح: حلها للعبد الذمي.

والمجوسيّة والوثنيّة هل تحل لأهل دينها؟ فيه وجهان محكيان[6] في «الشامل».

فرع: لو تزوج مسلم بحربيّة، فاسترقت وجوزناه على أحد الوجهين - فهل ينفسخ النكاح؟ [المذهب: أنّه ينفسخ،][7] وذُكر وجه غريب: أن النكاح لا ينقطع؛ [فإن][8] ذلك محتمل في الدوام.

قال الغزالي في كتاب «السير»: وهذا إن أُريد به أن يتوقف إلى إسلامها [قبل انقضاء][9] العدة فله وجه [ما][10]، وإلا فلا وجه له.

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: عن الشاشي.
(٣) في د: نقصان.
(٤) في د: فاسترق.
(٥) في س: فله.
(٦) في ب: مختلفان.
(٧) سقط في س.
(٨) في ب: وأن.
(٩) في ب: فقد انقضى.
(١٠) سقط في س.

قال: «**ولا يحرم وطؤها بملك اليمين**»؛ لأنه يباح له وطء حرائرهن بملك اليمين، فيباح له وطء الإماء بملك اليمين، وللأمن [من][١] المحذور المانع من نكاحها، ولأن الاستباحة به أوسع؛ فإنه غير محصور. نعم، لو كانت الأمة مجوسية انبنى حلُّ وطئها على جواز نكاحها، وهل[٢] يملك السيّد إجبار [أمته][٣] المجوسيّة والوثنية على الإسلام؟ فيه خلاف تقدّم ذكره عند الكلام فى[٤] إجبار الذميّة على الغسل.

قال: **ويحرم على الحرّ نكاح الأمة المسلمة إلا أن يخاف العنت** - أي: الزنى- **ولا يجد**، [أي][٥] في الموضع الذي هو [فيه][٦]، **صداق حرّة**، أي: مسلمة يمكنه وطؤها؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا﴾ [النساء: ٢٥] إلى قوله: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٢٥]، ولما روى عن جابر أنّه قال: من وجد صداق حرةٍ لا ينكح الأمة.

وروي مثل ذلك عن ابن عباس، رضي الله عنهما.

[والطَّوْل: السَّعة في الفضل، قاله ابن عباس][٧].

والعنت: المشقة [الشديدة.

ويقال[٨]: إنه الهلاك، والمراد به في الآية: الزنى، وسمى به؛ لأنه سبب المشقة][٩] والهلاك بالحد في الدنيا، والهلاك في الآخرة بالعقوبة.

وليس المراد بخوف الزنى: أن يغلب على ظنه الوقوع فيه، بل المراد: الذي يتوقعه لا على سبيل الندور.

وليس غير الخائف: هو الذي يعلم الاجتناب عنه، لكن غلبة الظن بالتقوى والاجتناب تنافى الخوف؛ فمن غلبت شهوته ورقّ تقواه فهو خائف، [ومن ضعفت شهوته، وهو يستبعد الوقوع في الزنى لدينٍ أو مروءةٍ أوحياءٍ - فهو غير

---

(١) سقط في س.

(٢) في س: لأن.

(٣) سقط في ب، د.

(٤) في س: على.

(٥) سقط في س.

(٦) سقط في ب.

(٧) سقط في ب، وقاله ابن عباس سقط في س.

(٨) في س: ولو قالوا.

(٩) سقط في ب، ومن أول: في الآية إلى هنا سقط في س.

خائفٍ](١). وإن غلبت شهوته وتقواه، ففيه احتمالان للإمام:

أظهرهما: أنه لا يجوز له نكاح الأمة.

[والثاني: إن كان ترك الوقاع يجر(٢) ضررًا عظيمًا أو مرضًا، فله نكاح الأمة](٣)، وإلا فلا.

قال مجلي حكاية عن الغزالي: وفي هذا التفصيل(٤) نظرٌ؛ إذ فرّق فيه بين الفاجر والتقي، [وسلط](٥) الفاجر على الرخصة؛ [لسبب فجوره](٦)، وقد ساواه التقى في الحاجة، وذلك بعيد.

قال مجلي: ويمكن أن يجاب عنه بأن سبب الرخصة موجود في الفاجر، مأمون في التقى؛ فاختصّ الفاجر بها؛ فإن المعنى إذا عُقِلَ، ووقف الحكم عليه، تبعه في الثبوت والانتفاء.

تنبيه: القيد الأول من كلام الشيخ يخرج المجبوب(٧) عن أن يجوز له نكاح الأمة؛ إذ لا يتصور منه الوطء مباحًا ولا حرامًا، قاله الإمام والمتولي، وفي البحريّة للقاضي الروياني: [أنّ](٨) للخصى والمجبوب(٩) نكاح الأمة عند خوف الوقوع في الفعل المأثوم به.

ومن في ملكه(١٠) أمة تحل له فلا يحل له نكاح الأمَة؛ لأنه مستغنٍ عن إرقاق ولده. وفي كتاب الحناطي [ذكر](١١) خلاف فيه، ويمكن أن يكون مخرجًا [على](١٢) ما إذا قدر على شراء أمةٍ: هل يحل له نكاح الأمة؟ وفيه خلاف، والأصح - ولم يذكر في «التهذيب» سواه-: أنه لا يجوز.

ومن تحته منكوحة يمكنه الاستمتاع بها فلا يحل له نكاح الأمة، وسواء كانت المنكوحة مسلمة أو كتابية، حرّة أو رقيقة؛ لأنه غير خائف للعنت، وحكى ابن كجٍّ وجهين في أن وجود الحرة الكتابيّة هل يمنع نكاح الأمة، [كالوجهين الآتى

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: عن.
(٣) سقط في د.
(٤) في ب، س: الفصل.
(٥) في ب: بلفظ.
(٦) في ب: مجوزة، وفي س: ليست مجوزة.
(٧) في ب: المجنون.
(٨) سقط في س.
(٩) في س: المجنون.
(١٠) في ب: ومن ما في ملكه.
(١١) سقط في د.
(١٢) سقط في س.

ذكرهما في أن القدرة على نكاحها[١] هل تمنع [نكاح][٢] الأمة[٣]، أمَّا إذا لم يتيسر الاستمتاع بها كما إذا كانت: صغيرة، أو غائبة، [أو مجنونة][٤]، أو مجذومة، أو برصاء، أو رتقاء، أو قرناء، أو مفضاة لا تحتمل الجماع، فهل يجوز له نكاح الأمة؟ فيه وجهان:

أحدهما- وهو الأصح في «المهذب»، وبه أجاب ابن الصباغ وطائفة من العراقيين، واختاره القاضي الحسين على ما حكاه الرافعيّ-: أن له نكاح الأمة؛ [لأنه][٥] لا غَنَاء في الحرة التي تحته ولا استغناء.

والثاني- وهو الذي ذكره الإمام والغزالي والبغوي، واختاره القاضي الحسين على ما حكاه المتولي-: المنع؛ لأن نكاح الصغيرة والغائبة كنكاح البالغة والحاضرة في منع نكاح الأخت، فكذلك في منع نكاح الأمة، فعلى هذا: لا تُنْكح الأمة حتى تبين الحرة، وعلى الأول ليس له أن ينكح [أمة][٦] مثل هذه الحرة.

فرع: المجنون هل يجوز لوليه أن يزوجه أمةً؟

قال في «التهذيب»: إن كان معسرًا، ويخاف العنت جاز.

وقال في «التتمة»: فيه وجهان.

ووجه المنع: أن فعل المجنون ليس بزنى، فهو لا يخاف العنت. ذكر[٧] ذلك عند الكلام في تزويج المجنون.

قلت: ويتجه أن يكون مادة الخلاف: أن وطأه كوطء[٨] الشبهة حتى يلتحق به [النسب][٩] أو لا؟ وفيه خلاف قدّمناه، والأصح الأول، ومقتضاه: عدم الجواز هنا.

والقيد الثاني إن أجرى على عمومه دخل فيه:

ما لو قدر على صداق حرّة كتابية، فلا يجوز له نكاح الأمة. وهو[١٠] أصح

---

(١) في د: نكاح
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في س.
(٧) في د: وكذا.
(٨) في س: وطء.
(٩) سقط في س.
(١٠) في س: هذا.

الوجهين، وقائله قال: لفظ «الإسلام»(١) في الآية جرى على الأعم؛ فإن الغالب أن المؤمن إنما يرغب في المؤمنات، كما [جاء](٢) في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ إلى آخرها [الأحزاب: ٤٩]؛ فإن المسلمة والكتابية في حكمهم سواء، ولأن الكتابية لا ترغب في نكاح المسلم(٣) إلا بأكثر من مهر المسلمة؛ فيكون من لا يقدر على مهر المسلمة لا يقدر على مهر الكتابية.

وعن أبي الطيب: أن أبا إسحاق قطع به، وجعل في «الوسيط» الوجه المقابل له [أحسن أو](٤) أظهر على حسب اختلاف النسخ(٥).

وما إذا قدر على مهر(٦) حرة قرناء أو رتقاء، وفيه وجهان بناهما المتولي. على أن وجودها(٧) في نكاحه هل يمنع من نكاح الأمة؟ فإن قلنا: يمنع، منع، وإلا فلا، وجزم الغزالي والبغوي بأن ذلك لا يمنع، وإن(٨) كان جوابهما المنع عند الوجود في النكاح.

ويجرى الخلاف في الرضيعة، وأولى بجواز نكاح الأمة، ويجرى في المجنونة والمجذومة وأولى بالمنع؛ لإمكان الاستمتاع.

وما إذا وجد صداق حرة، ولم يجد من ترضى به(٩) أصلًا؛ لنقصه، أو لم يكن في البلد من هي خالية من زوج، ولا نزاع بين الأئمة في أنه يجوز له نكاح الأمة.

نعم: لو كانت توجد في بلد أخرى، أطلق بعضهم جوابه بجواز نكاح الأمة، وفصل أكثر الأصحاب فقالوا: إن كان يخاف العنت في مدة قطع المسافة، أو تلحقه مشقة ظاهرة بالخروج إليها - فله نكاح الأمة، وإلا فلا، وضبط الإمام المشقة المحتملة(١٠) بأن ينسب محتملها(١١) في طلب الزوجة(١٢) إلى الإسراف ومجاوزة الحد.

ويخرج ما إذا كان يقدر على صداق حرة في بلد، وهو فاقد له في موضع إقامته؛ فإنه يجوز له نكاح الأمة؛ لأنه يصدق عليه أنه غير واجد كما في

---

(١) في س: الإمام.
(٢) سقط في س.
(٣) في د: مسلم.
(٤) في س: حرم إذ.
(٥) في د: الشيخ.
(٦) في د: صداق.
(٧) في س: وجودها.
(٨) في س: فإن.
(٩) في د: بنكاحه.
(١٠) في د: المعتبرة.
(١١) في د: متحملها.
(١٢) في د: زوجه.

التيمم[١]، وكما يجوز صرف سهم ابن السبيل إليه ويخالف ما لو كان له زوجة غائبة؛ حيث لا يجوز له نكاح الأمة على أحد الوجهين؛ لأن فراق الزوجة الغائبة ممكن، ووصول المال الغائب في الحال غير ممكن؛ فشابهت غيبة ماله غيبة الرقبة المعروفة الوجود؛ فإنه لا يعدل إلى الصوم في الكفارة، بل يعتقها؛ [لأنه متمكن][٢] منه.

[وما لو][٣] وجد حرة ترضى بدون[٤] مهر المثل، وهو واجد لذلك لا غير، أو بمهر مؤجل يغلب على ظنه قدرته عليه عند المحل، أو بيع منه بنسيئة[٥] ما يفي بصداقها، أو وجد من يستأجره بأجرة حالة، وقد حكى غيره في ذلك وجهين، أظهرهما: جواز نكاح الأمة كما اقتضاه لفظ الشيخ، إلا في الأولى؛ فإن الأصح [فيها][٦] عدم الجواز؛ كما لو بذل له الماء بدون ثمن المثل، وقد أجرى مجرون الخلاف فيما [لو وجد من يقرضه][٧] المهر، وقطع في التتمة بجواز نكاح الأمة؛ لأن القرض لا يلحقه الأجل، وما إذا رضيت بأن ينكحها بلا مهر؛ لأنها تطالبه[٨] بالقرض، وفي «شرح» أبي علي وجه: أنه يمتنع عليه نكاح الأمة، والله أعلم.

فروع:

القدرة بمال الابن - عند وجوب الإعفاف عليه - كقدرته بماله على أصح الوجهين.

ولو كان في ملكه مسكن وخادم يحتاج إليهما، هل يجوز له نكاح الأمة أو عليه بيعهما، وصرفهما إلى طَوْل حرة إن كان يفي به؟ فيه وجهان حكاهما ابن كج، وإطلاق المتولي والبغوي يقتضي بيع الخادم؛ حيث قالا: ولو كان في ملكه محرمة عليه، وجب عليه بيعها. ولم يفصلا بين أن يحتاج إليها للخدمة أو لا.

ولو وجد من بعضها حر وبعضها رقيق: فهل له نكاح الأمة فيه احتمالان للإمام: ولا يجوز له نكاحها إلا حيث يجوز له نكاح الأمة.

---

(١) في د: اليتيم.
(٢) في د: لتمكنه.
(٣) في د: وأما.
(٤) في د: منه.
(٥) في د: نسيئة.
(٦) سقط في ب.
(٧) في د: إذا اقترض.
(٨) في د: مطالبته.

ولو لم ترض الحرة التي وجدها إلا بأكثر من مهر المثل وهو يجده.

قال في «الإبانة» حكاية عن القفال، وفي «الزوائد» حكاية عن الطبري، وفي [«الرافعي» عن][١] «التهذيب»-: إنه لا ينكح الأمة، وطردوا ذلك عنهم فيما إذا[٢] وجد الرقبة في الكفارة بثمن غالٍ؛ فإنه لا يجوز [له][٣] أن يكفر بالصوم.

وقال في «التتمة»: له أن ينكح الأمة كما في المتيمم[٤] إذا لم يجد الماء إلا بأكثر من ثمن المثل؛ فإنه يجوز له أن يتيمم.

وتوسط الإمام والغزالي فقالا: إن كانت المغالاة بقدر كبير [يعد][٥] بذله إسرافًا، فله نكاح الأمة، وإلا فلا.

والفرق بينه وبين مسألة التيمم: أن الحاجة إلى الماء تتكرر[٦]؛ فيحصل الضرر، بخلاف النكاح، ولأن النكاح يتعلق به أغراض كلية؛ فلا يعد باذل المال في مثلها مغبونًا.

قال الغزالي في «البسيط»: وهذا منشؤه أمر، وهو: أن نقصان الولي من مهر المثل في حق الطفلة والزيادة في حق الطفل مهما كان إلى حد يقدر غرض خاص في المواصلة، ويجعله الولي وسيلة[٧] إليها - فهو محتمل، وما[٨] انتهى إلى حد الإسراف فهو ممنوع.

واعلم أن ما ذكره الرافعي عن صاحب «التهذيب» لم أَرَ كلامه في «التهذيب» مصرحًا به ولا مشيرًا إليه؛ لأنه فرض المسألة فيما إذا كان في بلد وصداق الحرائر ببلد أخرى أرخص، وهو واجد لذلك، فإن لم تلحقه مشقة في الخروج، ولا يجوز له نكاح الأمة، وكذلك رقبة الكفارة إذا بيعت بثمنٍ غالٍ وهو واجد لا[٩] ينتقل إلى الصوم، فيحمل - أيضًا - على ما إذا كان ببلد آخر [أرخص][١٠]؛ لسياق ما تقدم من كلامه.

وإذا كانت الصورة كذلك فليست الزيادة على بلد آخر زيادة على مهر المثل

---

(١) سقط في س.
(٢) في د: لو.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: التيمُّم.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: تكثر.
(٧) في س: وسيلته.
(٨) في د: ما.
(٩) في د: مهما.
(١٠) سقط في س.

وثمن[(١)] المثل؛ فإن المعتبر في المتقومات ببلد التقويم لا غيره[(٢)].

ثم كلام الرافعي يدل على أنه نقل ذلك عن «التهذيب» في هذا الموضع؛ لأنه قال هاهنا: لا يعدل؛ و[قال][(٣)] في الكفارات: يعدل.

وذكر ما أورده هنا ذكر من ينقل وجهًا بعيدًا أو تخريجًا غريبًا، وأفهم أن بين الكلامين تناقضًا، [ولا تناقض][(٤)] بينهما[(٥)].

---

(١) في د: قيمة.
(٢) في س: لا غير.
(٣) سقط في س.
(٤) في د: أولا تناقض.
(٥) قوله: ولو لم ترض الحرة التي وجدها إلا بأكثر من مهر المثل، وهو يجده.
قال في الإبانة حكاية عن القفال، وفي الزوائد حكاية عن الطبري، وفي الرافعي عن البغوي: أنه لا ينكح الأمة، وطردوا ذلك عنهم فيما لو وجد الرقبة في الكفارة بثمن غال، فإنه لا يجوز له أن يكفر بالصوم.
وقال في التتمة: له أن ينكح الأمة كما في التيمم إذا لم يجد الماء إلا بأكثر من ثمن المثل، فإنه يجوز له أن يتيمم.
وتوسط الإمام والغزالي فقالا: إن كانت المغالاة بقدر كبير يعد بذله إسرافًا، فله نكاح الأمة، وإلا فلا.
والفرق بينه وبين التيمم: أن الحاجة إلى الماء تتكرر، فيحصل الضرر بخلاف النكاح، ولأن النكاح يتعلق به أغراض كلية، فلا يُعَد باذل المال في مثلها مغبونًا.
قال في البسيط: وهذا منشؤه أمر، وهو أن نقصان الولي من مهر المثل في حق الطفلة، والزيادة في حق الطفل مهما كان إلى حد يقدر غرض خاص في المواصلة، ويجعله الولي وسيلة إليها، فهو محتمل، وما انتهى إلى حد الإسراف فهو ممنوع.
واعلم أن ما ذكره عن صاحب التهذيب لم أر كلامه في التهذيب مصرحًا به ولا مشيرًا إليه؛ لأنه فرض المسألة فيما إذا كان في بلد، وصداق الحرائر ببلد آخر أرخص، وهو واجد لذلك، فقال فإن لم تلحقه مشقة في الخروج إليها، لا يجوز له نكاح الأمة، وكذلك رقبة الكفارة إذا بيعت بثمن غال، وهو واجد لا ينتقل إلى الصوم، فيحمل أيضًا على ما إذا كان ببلد آخر أرخص، لسياق ما تقدم من كلامه.
وإذا كانت الصورة كذلك، فليست الزيادة على بلد آخر زيادة على مهر المثل وقيمة المثل، فإن العبرة في المتقومات ببلد التقويم لا غير.
ثم كلام الرافعي يدل على أنه نقل ذلك عن التهذيب في هذا الموضع؛ لأنه قال: قال هاهنا: لا يقبل. وقال في الكفارات: يعدل.
وذكر ما أورده هنا، ذكر من ينقل وجهًا بعيدًا أو تخريجًا غريبًا، وأفهم أن بين الكلامين تناقضًا، ولا تناقض بينهما. انتهى كلامه بحروفه.
والذي ذكره -رحمه الله- في تغليطه الرافعي فيما نقله عن التهذيب في تصوير المسألة، وحكمها، غلط، وكذلك في تأويله هو بمسألة الرقبة بما إذا كان الغلو ببلد آخر، وهكذا تغليطه للرافعي في نسبة ظاهر كلام البغوي إلى التناقض غلط أيضًا، والذي ذكره الرافعي جميعه صحيح، وسبب غلط ابن الرفعة غلط النسخة التي نقل عنها من التهذيب، أو انتقال نظره هو من مسألة إلى مسألة حال النقل، فإن البغوي قد قال هنا ما نصه: وإن كان معه طول حرة؛ وتلك الحرة غائبة أو كان صداق الحرائر ببلد =

تنبيه: عدول الشيخ عن قوله: لا يقدر على نكاح حرة، إلى قوله: «ألا يجد صداق حرة»، وإن كان لا يشمل الصور [كلها][(١)]؛ لأن القدرة على نكاح [الحرة][(٢)] تارة يكون في صورة لا يجوز له نكاح الأمة: كما إذا رضيت بمهر مؤجل[(٣)]، أو بغير مهر، ونظائر ذلك؛ فلذلك لم يذكره؛ حتى لا يشمل غير المقصود.

واعلم أن بعض الأصحاب شرط شرطًا آخر: وهو أن تكون الأمة مملوكة لمسلم؛ خشية من أن يرق ولده المسلم للكافر، ولم يذكر الشيخ - رضي الله عنه - هذا: لأمرين:

أحدهما: أن الأصح خلافه.

والثاني: أن ذلك ليس لكونها أمته[(٤)]؛ بل لأمر خارج عن ذلك، ولو عد ذلك من شرائط نكاح الأمة للزم أن يُعد ألا تكون مملوكة لولده إذا جوزنا للأب نكاح الأمة، ولم يعد ذلك من جملة الشروط.

وقد أبدى الشيخ مجلي في صورة المسألة إذا كانت الأمة مملوكة لكافر - نظيرًا؛ فإن الكافر لا يجوز إقرار يده على المسلمة، والتزويج لا يغنى في إزالة يده عنها؛ فكيف يتصور تزويجها من مسلم؟! ثم لو قدرنا التزويج فإنه[(٥)] يبيعها

= أرخص، وهو واجد لذلك، فإن لم تلحقه مشقة في الخروج إليها، لا يجوز له نكاح الأمة، وإلا فيجوز، ولو لم يكن في البلد إلا حُرَّة واحدة، وهي تغالي في المهر، وهو واجد له، لا يجوز له نكاح الأمة، وكذلك رقبة الكفارة إذا بيعت بثمن غال، وهو واجد له لا ينتقل إلى الصوم بخلاف التيمم، يجوز إذا بيع الماء بثمن غال؛ لأنه متكرر.

قال الشيخ: وعندي فيه نظر، هذا لفظ التهذيب بحروفه، فسقط من نسخة ابن الرفعة من قوله: «يجوز إلى قوله: «يجوز»، أو انتقل نظره إليه، كما يقع كثيرًا للنساخ، والمبادرة إلى تغليط الأئمة - خصوصًا مثل الرافعي - اعتمادًا على ما يجده الشخص في نسخة واحدة عجيب، والذي ذكره البغوي في الكفارات، وأشار الرافعي إلى مخالفته للمذكور هنا صحيح، فإنه قال هناك: وإن وجد الرقبة بثمن غال، لا يجب الشراء كما لا يجب شراء الماء إذا بيع بثمن غال، بل يتيمم.

قال الشيخ: ورأيت أنه يجب أن تشترى بالثمن الغالي، إذا كان واجدًا له. هذه عبارته.

والجواب عن كلام البغوي سهل، وهو أنا علمنا بقوله في النكاح، وفيه نظر أنه يميل إلى عدم الوجوب على خلاف المنقول، ثم إنه في الكفارات أجاب أولًا بما يعتقده هو، ثم نقل بعد ذلك ما رآه لغيره ووقف عليه منقولًا، فقال: ورأيت، أي: وقفت لغيري. [أ و].

(١) سقط في س. (٢) سقط في د. (٣) في س: مثلها.
(٤) في س: أمة. (٥) في س: بأنه.

بعد ذلك من مسلم؛ إذ لا يجوز بيعها إلا منه، أو عِتْقها فلا يسترق ولدها كافر[1].

وهذه الشروط إنما تعتبر في ابتداء النكاح، أما في دوامه فلا، خلافًا للمزني في طرآن اليسار، وإذا نكح حرة بعد ما نكح أمة خاصة.

فإن قيل: فما[2] الفرق بين ذلك وبين إباحة أكل الميتة للمضطر؛ فإنه إذا وجد الحلال في أثناء الأكل حرمت الاستدامة؟

قلنا: لأن الأكل في كل وقت مبتدأ للأكل فلا يجوز مع وجود الحلال [في أثناء الأكل][3]، بخلاف النكاح؛ فإنه مستدام وصار هذا كالعدة، والردة، والإحرام تمنع الابتداء، ولا تمنع الدوام.

فائدة: إذا جوزنا نكاح الأمة، فأتت بولد فهو رقيق، سواء كان الناكِح عربيًّا أو غير عربي.

وفي «التهذيب» حكاية قول عن القديم: أن ولد العربى لا ينعقد رقيقًا، فعلى هذا: هل يغرم الناكح قيمته[4] لسيد الأمة أم لا؟ فيه وجهان.

قال: وإن[5] **جمع بين حرة، وأمة** - أي: الحر - في عقد واحد، وهو ممن [يحل][6] له نكاح الأمة **ففيه قولان:**

أحدهما: [أنه][7] يبطل العقد[8] فيهما.

والثاني: [لا يصح وهو الأصح في الحرة][9]، ويبطل في الأمة؛ لما عرف من قاعدة تفريق الصفقة.

---

(١) قوله: ولو وجدت شروط نكاح الأمة إلا أنها مملوكة لكافر، جاز نكاحها في الأصح.
وقيل: لا حتى لا يسترق الكافر ولدها المسلم.
ثم قال: وقد أبدى القاضي مجلي في صورة المسألة نظيرًا، فإن الكافر لا يجوز إقرار يده على المسلمة، فكيف يتصور تزويجها من مسلم.
ثم لو قدرنا التزويج، فإنا نبيعها بعد ذلك من مسلم، فلا يسترق ولدها كافر. انتهى كلامه.
وهذا الذي نقله عن مجلي وأقره عجيب، فإن ذلك يتصور بما إذا وقف جارية على كافر فأسلمت، فإن أولادها الحادثين يملكهم الكافر الموقوف عليه على الصحيح، فإذا تزوجت من المسلم جاءت الأولاد ملكًا للكافر. [أ و].

(٢) في د: ما.

(٣) سقط في د.

(٤) في س: قيمة.

(٥) في التنبيه: فإن.

(٦) في د: لا يجوز.

(٧) سقط في د.

(٨) في التنبيه: النكاح.

(٩) في التنبيه: أنه يصح في الحرة.

وحكى الخراسانيون طريقة قاطعة: أن نكاح الحرة لا يبطل قولاً واحدًا؛ لأن النكاح لا يفسد بفساد الصداق، وهو أحد جزأى[١] العقد، فكيف [بفسادٍ في][٢] قرينِهِ؟!

أما إذا كان ممن يحل له نكاح الأمة؛ بأن وجد حرة تسمح بمهر مؤجل أو بما دون مهر المثل وغيره، وقلنا: إن ذلك لا يمنع نكاح الأمة - فلا يصح أيضًا نكاح الأمة؛ لأنه لو صح لصح نكاح الحرة، والأمة لا تقارن الحرة كما لا تدخل عليها، وفي نكاح الحرة طرقان:

أظهرهما عند الإمام - وبه قال صاحب «التلخيص»-: أنه على قولين، كما في الصورة الأولى.

والطريق الثاني - وبه قال ابن الحداد، وأبو زيد، وآخرون-: يبطل جزمًا؛ لأنه [لو][٣] جمع بين امرأتين لا يجوز الجمع بينهما، ويجوز له نكاح كل واحدة منهما على الانفراد - بطل[٤] النكاحان؛ كما لو جمع بين أختين[٥].

قال الغزالي: وهو بعيد؛ لأن إحدى الأختين ليست أولى بالدفع، وهاهنا الأمة أولى بالدفع؛ لأن نكاح الحرة يجوز أن يتقدم ويتأخر، ونكاح الأمة لا يجوز مع التأخر؛ فدل على ضعفه.

وحكى في «الذخائر» طريقة ثالثة: أنه لا يبطل قولاً واحدًا، وجزم الجرجاني بصحة نكاح الحرة والأمة في «المعاياة»، ولم أَرَهُ لغيره[٦][٧].

(١) في د: بدلي. (٢) في د: يفسر. (٣) سقط في د.
(٤) في د: فيبطل. (٥) في س: الأختين.
(٦) قوله: وإن جمع الحُربين حرة وأمة في عقد واحد، وهو ممن يحل له نكاح الأمة، بأن وجد حرة تسمح بمهر مؤجل أو بما دون مهر المثل وغيره، وقلنا: إن ذلك لا يمنع نكاح الأمة، فلا يصح نكاح الأمة، لأن الأمة لا تقارن بالحرة؛ كما لا يدخل عليها، وأما الحرة:
فقيل: يبطل نكاحها جزمًا.
وقيل: لا جزمًا.
وقيل: على قولين، ثم قال ما نصه: وجزم الجرجاني في المعاياة بصحة نكاح الحرة والأمة، ولم أره في غيره. انتهى كلامه.
وهذا الذي أشعر به كلامه من إنكار هذه المقالة قد سبق إليه النووي في الروضة على وجه أشد من المذكور هنا، فإن ادعى أنه لا خلاف في المسألة، ولم يطلع على مقالة الجرجاني بالكلية، والذي قالاه غريب. فقد جزم القاضي أبو الطيب في المجرد بصحة نكاحهما، وعلله بأن المانع من نكاح الأمة =

ولو جمع بين مسلمة ووثنية، أو أجنبية ومحرم، أو خَلِيَّة ومعتدة [أو منكوحة][(١)] - فهو كما لو جمع بين حرة وأمة، وإذا صححنا نكاح من تحل له فهل تستحق جميع المسمى، [أو مهر][(٢)] المثل، أو ما يخص مهر مثلها من المسمى؟ فيه ثلاثة أوجه، أضعفها: الأول.

فإن قلنا: إنها تستحق المسمى، فللزوج الخيار في فسخ النكاح[(٣)] والرجوع إلى مهر المثل؛ دفعًا للضرر عنه.

قال الإمام: وهذا لا يخلص من[(٤)] إشكال؛ فإن[(٥)] مهر المثل قد يكون مثل المسمى أو أكثر منه، حكاه في باب تفريق الصفقة، فإن قلنا: مهر المثل، فلا خيار له.

وإن قلنا: تستحق حصة مهر المثل من المسمى.

فعن الشيخ أبي علي: أنه إن كان المسمى مما يمكن قسمته كالحبوب، فلا خيار له، وإن كان مما لا يمكن قسمته - كالعبد[(٦)] - فله الخيار؛ لتضرره بالتشقيص[(٧)]، فإن فسخ فعليه مهر المثل.

تنبيه: محل القولين فيما إذا زوج منه ابنته وأمته[(٨)]، ووليه موكل[(٩)] في التزويج، فقال: زوجتك بنتى هذه وأمتي هذه بكذا، فقال: قبلت نكاحهما، أما لو قال: زوجتك هذه، فقال: قبلت نكاح هذه، وقبلت نكاح هذه، أو اقتصر على نكاح البنت - فنكاح البنت صحيح [لا محالة][(١٠)]، ونكاح الأمة صحيح في المسألة الأولى إن تقدم، فإن تأخر [فلا][(١١)]، وفي المسألة الثانية لا يصح؛ لعدم القبول.

ولو فصل المزوِّج[(١٢)]، فقال الخاطب[(١٣)]: قبلت نكاحهما - فالحكم كما لو

= معدوم. هذا كلامه. ونقله -أيضًا- عنه الروياني في البحر، نعم جزم في تعليقته بالبطلان فيهما، وقد أنكر ابن الصلاح -أيضًا- مقالة الجرجاني، وقال إنها لا تعرف في شيء من كتب المذهب. [أ و].

(٧) في د: في غيرها.

(١) سقط في س.
(٢) في د: ومهر.
(٣) في د: عقد الصداق.
(٤) في س: عن.
(٥) في د: وإن.
(٦) في د: العبد.
(٧) في س: بالشقص.
(٨) زاد في د: أو أمته.
(٩) في س: موكله.
(١٠) سقط في س.
(١١) سقط في س.
(١٢) في س: الزوج.
(١٣) في د: المخاطب.

فصلا جميعًا، أو [كما لو][1] جمَعَا جميعًا. فيه خلاف، والأولى عند الإمام: الأول، وكذا الخلاف فيما لو جمع الموجب وفصل القابل.

ولو جمع بين أختين وأمة، وهو ممن يحل له نكاح الأمة - فنكاح الأختين باطل، وفي نكاح الأمة الخلاف.

ولو كان الناكح عبدًا فلا يشترط في حقه شيء من الشرائط المذكورة، ويجوز له الجمع بين الحرة والأمة، ونكاح الأمة على الحرة؛ لأنه لا يتضرر برق ولده.

ومن بعضه حر وبعضه رقيق، كالقن.

قال: ويحرم على الرجل - أي: الحر - نكاح جارية ابنه؛ لأن له فيها شبهة يسقط الحد بوطئها[2]، فلم يحل له نكاحها؛ كالأمة المشتركة بينه وبين غيره، وهذا سواء قلنا بعدم وجوب الإعفاف على الابن، أو قلنا به، وكان الأب لا يجب إعفافه في تلك الحالة؛ لقدرته على الشراء، وجوزنا له نكاح الأمة، أو [لو كان الابن][3] معسرًا وله جارية [وهو][4] محتاج إليها للخدمة، أو كان يجب على الابن إعفافه.

[ونقل][5] المزني في «المختصر» جوازه، قال بعض الأصحاب: ذلك مبني على عدم [وجوب][6] الإعفاف، وحمله بعضهم على ما إذا لم يجب الإعفاف؛ لإعسار الابن وغيره.

قال الرافعي: والصحيح في هاتين المسألتين: أن ينبني جواز النكاح على أنه إذا أولد جارية ابنِه: هل تصير مستولدة [له][7]؟ إن قلنا: نعم، لم يجز له نكاحها؛ كما لا يجوز أن ينكح جارية نفسه، وإن قلنا: لا تصير أمَّ ولد جاز.

[فتحرر بذلك][8] في المسألة ثلاثة أقوال:

المذهب منها: عدم الجواز المطلق.

والثاني: الجواز المطلق.

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: بالوطء.
(٣) في د: كان الابن.
(٤) في د: هو.
(٥) في س: نقل.
(٦) سقط في س.
(٧) سقط في س.
(٨) في س: فيجوز.

والثالث: إن كان الأب لا يجب إعفافه، ولم يجعلها أم ولد [له][(١)] جاز، وإلا فلا. أما الأب الرقيق فيجوز له نكاحها قولاً واحدًا؛ ولذلك يجوز للولد نكاح جارية [أبيه][(٢)] إذا وجدت بقية الشرائط.

فرع: إذا جوزنا له نكاح جارية ابنه، فأولدها - قال الشيخ أبو حامد والعراقيون، وتابعهم [الشيخ][(٣)] أبو علي، وصاحب «التهذيب» وغيرهما: إنها لا تصير أم ولد [له][(٤)]؛ لأنه رضي برق ولده حين نكحها، ولأن النكاح حاصل محقق؛ فيكون واطئًا بالنكاح لا بشبهة الملك، بخلاف ما إذا لم يكن نكاح.

وعن الشيخ أبي محمد - وإليه ميل الإمام-: أنه يثبت الاستيلاد وينفسخ النكاح.

ويحرم عليه نكاح جارية مكاتبه؛ لما له في ماله[(٥)] من شبهة الملك، وكذلك لو أحبلها صارت أم ولد له.

قال: ونكاح جاريته، أي: وجارية يملك بعضها؛ لتناقض أحكام الملك[(٦)]، [والنكاح والملك لا يوجب القَسْم، ولا يصح فيه حكم من أحكام النكاح][(٧)] من طلاق ولا ظهار ولا إيلاء ولا غير ذلك، والنكاح يقتضي ذلك؛ ولأن نفقة الزوجة تقتضي التمليك، فلو ملكها النفقة لملك نفسه؛ إذ الأَمَةُ لا تملك، وإذا تناقضت الأحكام [لم يمكن الجمع بينهما؛ فيثبت][(٨)] الأقوى، ويسقط الأضعف، وملك اليمين أقوى؛ لأنه يملك [به][(٩)] الرقبة والمنفعة، والنكاح لا يُمْلك به إلا ضرب من المنفعة.

قال: ويحرم على العبد نكاح مولاته؛ لتضاد الأحكام أيضًا؛ لأن النكاح يوجب للمرأة على الزوج المهر والنفقة والكسوة، والملك يدفع ذلك ويوجبه للعبد، ولأنه يطالبها[(١٠)] بالسفر معه إلى المشرق؛ لأنها زوجته، وهي تطالبه بالسفر إلى

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) في د: مالها.
(٦) في د: النكاح.
(٧) سقط في د.
(٨) في س: لم تملك فثبت.
(٩) سقط في س.
(١٠) في س: يطلبها.

المغرب؛ لأنه عبدها، وإذا دعاها إلى فراشه بحق النكاح [بعثته في أشغالها][١] بحق الملك، وإذا تعذر الجمع بينهما بطل الأضعف، وثبت الأقوى.

قال: وإن[٢] **تزوج جارية أجنبي، ثم اشتراها**، [أي: أو بعضها][٣] - **انفسخ النكاح**؛ لما تقرر أن ملك اليمين والنكاح لا يجتمعان، ويقدم ملك اليمين؛ لقوته، وهذا بخلاف ما إذا استأجر عينًا ثم اشتراها؛ فإنه لا تنفسخ الإجارة على الأصح؛ لأنه لا مناقضة بين ملك العين والمنفعة.

فرع: لو فسخ البيع في زمن الخيار، قال في «الحاوي» في كتاب البيع: إن قلنا: إنّ الملك للبائع، أو موقوف - فالنكاح بحاله، وإن قلنا: إنّ الملك للمشتري، فوجهان، أحدهما: أنه لا ينفسخ، وهو ظاهر النص، وإذا قلنا: لا ينفسخ، فهل يحل له وطؤها في زمن الخيار؟ فيه وجهان، ظاهر[٤] النص: أنه لا يجوز، وفي «الوسيط» في كتاب الإقرار: أنا إن قلنا: إن الملك للبائع، حل له الوطء[٥]، وإن قلنا: إنه للمشتري، فلا؛ لأنه ملك ضعيف، فيمنع[٦] من الوطء لبقاء خيار البائع، وإن قلنا: إنه موقوف، فلا يحل [له][٧]؛ لأنه لا يدرى أيطأ زوجته فيحل، أو مملوكته بملك ضعيف فلا يحل.

وقد ظهر بمجموع ما ذكرناه أن النكاح لا ينفسخ بمجرد الشراء، على الظاهر من النص عند الماوردي؛ إذ المبيع ينتقل إلى المشترى بنفس العقد على الصحيح، وعند الغزالي ينفسخ بنفس العقد؛ [تفريعًا على أن المبيع ينتقل بنفس العقد][٨] وهو[٩] ما ادعى[١٠] الإمام أنه المشهور؛ تفريعًا على هذا القول في الفروع المرسلة في كتاب الطلاق.

وحكم العبد إذا مَلَّكه السيدُ مالاً، وقلنا: إنه يملك، وأذن له في ابتياع زوجته، فابتاعها - في انفساخ النكاح -حكم الحر، صرح به ابن الصباغ عند الكلام في تزويج العبد.

---

(١) في س: تبعته في إسقاطها.
(٢) في التنبيه: فإن.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: وظاهر.
(٥) في س: وطؤها.
(٦) في س: ويمنع.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في س.
(٩) في س: هذا.
(١٠) في د: ادعاه.

قال: **وإن اشتراها ابنه،** [أي][1]: والأب[2] لا يجوز له نكاح الأمة ابتداءً - **فقد قيل: ينفسخ؛** لأن ملكه كملكه في [إسقاط الحد، وثبوت الاستيلاد، والمنع من الابتداء، وكان كملكه في][3] إبطال النكاح إذا طرأ. **وقيل: لا ينفسخ،** وهو[4] الأصح، واختيار ابن الحداد، وبه أجاب الغزالي؛ لأنَّ الأصل في النكاح الثابت الدوام، وللدوام من القوة ما ليس للابتداء، وصار هذا كالعدة تمنع الابتداء ولا تقطع الدوام، وليس كطرآن الملك على الزوجة؛ لأنه [لا][5] تناقض في الأحكام هاهنا.

والوجهان جاريان فيما لو نكح جارية ابنه وهو رقيق، ثم عتق: هل ينفسخ النكاح؟ فإن قلنا: لا ينفسخ، فأتت بولد، فحكمه حكم ما إذا جوزنا النكاح في الابتداء. ويجرى الوجهان فيما لو ملك الأمة مكاتب الزوج، قاله في «التتمة»، وقضية هذا الإطلاق ترجيح عدم الانفساخ، [وبه قال أبو سعد الهروي، ومنهم من رجح الانفساخ][6] هنا، وهو الأشبه؛ لأن المال الذي في يد المكاتب إما ملك للسيد - كما سنذكره عن بعضهم في كتاب الأيمان - أو مملوك للمكاتب، وتعلقه به فوق تعلق الأب بمال الابن.

قال: **وإن تزوجت الحرة بعبد، ثم اشترته - انفسخ النكاح؛** [لما تقدم][7].

وذكر الشراء في هذه [المسائل جرى][8] على الأعم الغالب[9]، وإن كان حصول الملك في المنكوحة بأى سبب كان، كالشراء في انفساخ النكاح.

قال: **وتحرم الملاعنة على من لاعنها،** أي: سواء كانت صادقة أو كاذبة في الظاهر والباطن؛ لما روى [عن][10] ابن عباس - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «الْمُتَلَاعِنَانِ[11] لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا»[12]، وحكى أبو الفرج: أن الفرقة لا

---

(١) سقط في س.
(٢) زاد في د: بحيث.
(٣) سقط في د.
(٤) في س: هذا.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في س.
(٧) سقط في س.
(٨) في س: المسألة.
(٩) في س: الأغلب.
(١٠) سقط في د.
(١١) في س: الملاعنان.
(١٢) أخرجه الدار قطني في سننه (٣/ ٢٧٦) كتاب النكاح: باب المهر، حديث (١١٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٤٠٩) كتاب اللعان: باب ما يكون بعد التعان الزوج من الفرقة ونفي الولد =

تحصل باطنًا إذا كانت هي صادقة.

قال: والمطلقة ثلاثًا على من طلقها، أي: قبل أن تنكح زوجًا غيره سواء كان الطلاق في نكاح واحد أو أكثر، بلفظ واحد أو أكثر، قبل الدخول أو بعده؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، والمراد: الطلقة الثالثة، على ما سنذكره من بعد إن شاء الله تعالى.

والعبد إذا طلق زوجته[١] طلقتين، كالحر إذا طلق ثلاثًا؛ لأنه استوفى ما ملكه من الطلاق، فلو عرضت الحرية بعد ذلك لم تؤثر على الأصح، وفي «الوسيط» وغيره حكاية وجه: أن له أن ينكحها.

قال: ويحرم على الرجل نكاح المُحْرِمة، أي: وإن كان هو والمزوِّج حلالَيْن؛ لقوله - ﷺ-: «الْمُحْرِمُ لَا يَنْكِحُ وَلَا يُنْكِحُ»[٢]، وكل من الزوجين يسمى ناكحًا.

قال في الذخائر: فإن قيل: فهلا جوزتموه كتزويج الحائض؛ لأن أكثر ما فيه أنه ممنوع من وطئها، وذلك لا يمنع صحة العقد.

قلنا: لم نمنعه في حق المحرمة لكونها ممنوعة الوطء بل للإحرام، [والإحرام][٣] اقتضى المنع من الوطء؛ لكونه مفسدًا له، والنكاح لمّا كان سببًا [إليه][٤] منع منه؛ [إذ لا يتم][٥] الوطء المفسد إلا به، بخلاف الحائض؛ فإن وطْأَها غيرُ مفسد للحيض، وإنما مُنِعَ للأذى؛ فلم ينتصب مانعًا من سبب الوطء.

قال: والمعتدة من غيره؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعۡزِمُواْ عُقۡدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ ٱلۡكِتَٰبُ أَجَلَهُۥۚ﴾ [البقرة: ٢٣٥]، ولأن العدة وجبت لحفظ النسب؛ فلو جوزنا فيها النكاح لأعقبه حِلُّ الوطء؛ إذ لا يتأخر عنه؛ فيؤدى إلى اختلاط النسب، ويبطل المقصود، ثمّ إذا كان نكاح من هي في عدة الغير حرامًا، فنكاح من هي زوجة الغير أولى، ولم يذكر الشيخ ذلك؛ لاستغنائه بمسألة العدة.

[فرع: حكاه الإمام في كتاب الإقرار: إذا ادعت المرأة أنها زوجة فلان، فقال

= وحد المرأة إن لم تلتعن، من حديث ابن عمر -رضي الله عنهما- ولفظه: المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدًا. وفي الباب من حديث سهل بن سعد، وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

(١) في س: امرأته.
(٢) تقدم.
(٣) في س: أو الإحرام.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في س.

الزوج: ما نكحتك قط، ففي حرمة النكاح لها وجهان، حتى يجوز لها -في وجه- أن تنكح][1].

قال: ويكره له نكاح المرتابة بالحمل، أي: التي اعتدت بالأقراء أو الأشهر، ثم رأت أماراتِ الحمل، مثل: ارتفاع البطن، أو حركته مع وجود الدم، وشككنا[2] هل هو حمل أم لا؟ وكانت الريبة حاصلة بعد الحكم بانقضاء العدة ظاهرًا؛ لأنه لا يؤمن أن يكون حملاً؛ فيكون النكاح باطلاً.

قال: فإن نكحها فقد قيل: يصح، وهو قول الإصطخري وأبى إسحاق، والصحيح في «المهذب»[3]؛ لأنا حكمنا بانقضاء العدة فلا ننقضه بالشك؛ كما لو حصلت الريبة بعد النكاح، فعلى هذا: لو أتت بولد لدون ستة أشهر من حين العقد، تبين بطلان النكاح، وقيل: لا يصح وهو قول ابن سريج؛ لأنها لا تدرى أَعِدَّتُها بالأقراء أو الأشهر، وقد حلت بمضيِّهما، أو[4] بوضع الحمل ولم تحل بعد؛ فلا تنكح إلا بيقين، كما لو كان ذلك[5] في أثناء العدة.

ومن الأصحاب من نقل في المسألة قولين، فاختلف الصائرون إلى ذلك:

فمنهم من قال: هما مبنيان على القولين في وقف العقود، فإن قلنا: لا توقف، فالنكاح باطل، وإلا [كان][6] العقد موقوفًا. قال الشيخ أبو علي: وهذا فاسد؛ لأن العقود لا توقف على الجديد، والقول بالوقف هنا منقول عن[7] الجديد.

ومنهم من بناهما على الخلاف فيما إذا باع مال أبيه على ظن حياته[8]، فبان موته، أو على القولين فيمن شك في عدد الركعات بعد الفراغ من الصلاة: هل يؤمر بالتدارك؟ ويحكى هذا عن القفال.

قال الفوراني: فعلى هذا: لا فرق بين أن يرتاب بعد الأقراء أو في خلالها.

فيحصل في المسالة ثلاثة طرق: القطع بالجواز، القطع بالمنع، طرد قولين.

قال: ويحرم على الحر أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة؛ لما روى عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - أن غيلانَ أسلم على عشر نسوة، فقال له

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: وتشككنا.
(٣) في س: المذاهب.
(٤) في د: أم.
(٥) في س: كذلك.
(٦) سقط في د.
(٧) في س: على.
(٨) في س: أنه حي.

النبي - ﷺ-: «أَمْسِكْ أَرْبَعًا، وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ»[(١)]، وروى أن نوفل بن معاوية أسلم وتحته خمس نسوة، فقال له النبي - ﷺ-: « أَمْسِكْ أَرْبَعًا، وَفَارِقِ الْأُخْرَى»[(٢)].

ويجوز أن يجمع بين امرأتين أو ثلاث أو أربع من الحرائر؛ لقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء: ٣]، ولم يُرِدِ الجمع، بل التخيير؛ ألا ترى قوله تعالى: ﴿أُولِي أَجْنِحَةٍ مَّثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [فاطر: ١]؟! فلو جمع بين خمس فصاعدًا نظر:

فإن جمع بينهن في عقد واحد بطل الكل، وقال في «الذخائر»: بطل نكاح الخامسة، وفي نكاح الأربع قولان؛ بناءً على القولين في تفريق الصفقة، فإن قلنا بالصحة فإن الخامسة لا تتعين؛ فيكون له أن يعين الفسخ في واحدة منهن، فإذا عين في واحدة بقى من سواها على الزوجية؛ كما لو طلق إحدى نسائه، والحكم قبل التعيين على ما يذكر في المطلقة المبهمة.

وهذا الذي ذكره في غاية الضعف؛ فإن الشهادة في النكاح شرط، ومع الإبهام لا تُتصور، ولأن الرجعة أسهل من ابتداء النكاح، وهي لا تقبل الإبهام على الأصح؛ فالنكاح أولى، والخلاف الذي في تفريق الصفقة مفروض فيما إذا تميز ما يجوز العقد عليه من غيره، وهنا بخلافه.

وإن نكحهن على الترتيب بطل نكاح الزائدات على الأربع الأوليات. ولو نكح واحدة في عقد، واثنتين في عقد، وثلاثًا في عقد - قال ابن الحداد: يصح نكاح الواحدة، ويبطل [نكاح][(٣)] الباقيات. وقال الشيخ أبو علي [في «الشرح»][(٤)]: ما ذكره ابن الحداد غلط عند عامة الأصحاب؛ بل يصح مع نكاح الواحدة نكاح الاثنتين أو الثلاث، لكن لا يعرف الصحيح [منهما][(٥)]؛ فيوقف الأمر ويسأل

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند (٢/ ١٦) برقم (٤٣)، وأحمد (٢/ ٤٤)، والترمذي (٣/ ٤٣٥) كتاب النكاح، باب: ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة (١١٢٨)، وابن ماجه (١/ ٦٢٨) كتاب النكاح، باب: ما جاء في الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة (١٩٥٣)، والبيهقي في السنن (٧/ ١٨١)، وابن حبان(٩/ ٤٦٥) برقم (٤١٧٥) كتاب النكاح، باب: فيمن أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة (١٢٧٧)، وصححه صاحب الإرواء (٦/ ٢٩١).

(٢) أخرجه الشافعي في الأم (٥/ ٧٧) كتاب النكاح، باب: الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، وفي المسند (٢/ ١٦) برقم (٤٤)، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧/ ١٨٤) كتاب النكاح: باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة.

(٣) سقط في س. (٤) سقط في س. (٥) سقط في س.

الزوج: فإن ادعى سبق الاثنتين وصدَّقَتاه، ثبت نكاحهما مع الواحدة، وإن ادعى سبق الثلاث وصدقْنَهُ[(١)]، فكذلك، ولو قال الزوج: لا أدرى - ولم يبين - فلهن طلب الفسخ، وإن رضين بالصبر لم ينفسخ، وعلى الزوج نفقة جميعهن في مدة التوقف.

وقال مجلي: هذه المسألة تنبنى على المسألة قبلها:

فإن قلنا في المسألة الأولى: يبطل نكاح الخامسة دون الأربع، فلا نستيقن[(٢)] في هذه الصورة أيضًا نكاح الواحدة؛ لاحتمال سبق نكاح الخمس قبلها؛ فيبطل في واحدة منهن، ويصح نكاح الأربع[(٣)].

وإن قلنا: لا يصح في الخمس، فقد تحقق صحة نكاح المفردة[(٤)].

ولو نكح خمسًا في عقد، وفيهن أختان بطل نكاحهما، وفي [نكاح][(٥)] الثلاث قولا تفريقِ الصفقة. وإذا أبان الأربع جاز له أن ينكح بدلهن إن كن في العدة، وكذلك الواحدة، أما إذا كان [الطلاق][(٦)] رجعيًّا لم يَجزْ حتى تنقضي عدة الرجعية، فلو ادعى انقضاء عدتها، وأنكرت [هي][(٧)] فعلى ما تقدم في[(٨)] نكاح الأخت على الأخت.

قال: وله أن يطأ بملك اليمين ما شاء؛ لأن الله تعالى أطلق فقال: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٣] ولم[(٩)] يحصره في عدد، ويفارق الزوجات؛ لأن مقصود النكاح الاستمتاع والألفة والمؤانسة، بدليل أنها لو وجدته مجبوبًا أو مجنونًا ثبت لها الخيار. وإذا بات عند واحدة من الزوجات ليلة وجب قضاؤها للبواقي، والزيادة على أربع زوجات تفوِّت الألفة والمؤانسة المقصودة؛ فلذلك منع منها، وجوز له الشرع [نكاح][(١٠)] الأربع؛ لأنه إذا بات عند واحدة ليلة غاب عنها ثلاث ليالٍ، والثلاث مدة قريبة.

قال: ويحرم على العبد أن يجمع بين أكثر من امرأتين؛ لما روى أنه -ﷺ-

(١) في س: بالفسخ.
(٢) في س: نستبين.
(٣) في س: أربع.
(٤) في د: الفردة.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في س.
(٧) سقط في د.
(٨) في س: من.
(٩) في س: فلم.
(١٠) سقط في د.

قال: «لَا يَتَزَوَّجِ الْعَبْدُ فَوْقَ اثْنَتَيْنِ»[(١)]، رواه عبد الحق، ولما روى الحكم بن عتيبة قال: أجمع أصحاب رسول الله - ﷺ - [على][(٢)] ألا ينكح العبد أكثر من امرأتين.

وأما الآية [فإنها][(٣)] تدل على إرادة الأحرار، وأيد ذلك قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٣]، وقوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤] وكل ذلك يليق بالأحرار.

فإن قيل: [هذا طريقه][(٤)] الشهوة واللذة؛ فيجب أن يستوى فيه الحر والعبد كالمأكول.

قيل: المأكول لم يبن على التفضيل؛ فاستوى فيه الحر والعبد، والنكاح مبني على التفضيل؛ ولهذا فارق النبي ﷺ أُمَّتَهَ؛ فأشبه الطلاق.

فرع: هل [يجوز][(٥)] له أن يطأ بملك اليمين إذا ملَّكه السيد جارية، وقلنا: إنه يملكها؟ الذي حكاه ابن الصباغ في كتاب البيع: أنه يجوز، وحكى [في كتاب النكاح: جوازه بإذن السيد؛ لأنه وإن كان العبد قد ملكها، فقد تعلق بها حق السيد، ولأن له أن ينتزعها من يده لا بفسخ عقد، وحكى][(٦)] الإمام ثَمَّ: أنه إن أذن له السيد في التسرِّي [فالذي ذهب إليه الجمهور أنه يجوز، وذهب الأستاذ أبو إسحاق إلى أنه لا يتسرى][(٧)]، أما إذا لم يأذن له في التسري فلا يتسري، وفيه وجه [ضعيف][(٨)]: أنه يجوز.

---

(١) ذكره عبد الحق الإشبيلي في الأحكام الوسطى (٣/ ١٣٥) من طريق عمر بن موسى الوجيهي -وهو متروك- عن مكحول، عن واثلة بن الأسقع قال: قال رسول الله ﷺ ....فذكره.
قال ابن القطان في بيان الوهم والإيهام (٣/ ٢١٦): هكذا ذكره ولم يبين أنه من رواية بقية عن الوجيهي، وقال ابن القطان (٤/ ١٦٥): رده بالوجيهي وأعرض عن بقية.
والحديث أخرجه ابن عدي(٦/ ١٥) قال: ثنا أحمد بن عمير، ثنا عمرو بن عثمان، ثنا بقية، عن عمر بن موسى، عن مكحول، عن واثلة بن الأسقع قال: قال رسول الله ﷺ: لا يتزوج المملوك فوق اثنتين.
وقال ابن عدي (٥/ ٢٣): وكل ما أمليت لا يتابعه الثقات عليه، وما لم أذكره كذلك، وهو بين الأمر في الضعفاء، وهو في عداد من يضع الحديث متنا وإسنادًا.

(٢) سقط في س.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: هذه.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في س.
(٧) سقط في س.
(٨) سقط في س.

ثم إذا وطئها فأتت بولد، فالولد ملك له، ولا يعتق عليه؛ لضعف ملكه، فإن عتق عتق الولد.

وهذا في الرقيق كله، أما من بعضه حر وبعضه رقيق إذا اشترى بما[(١)] يملكه ببعضه الحر جاريةً، فهل له أن يطأها؟

[قال في «التتمة»: ظاهر المذهب - كما نص عليه - أنه لا يجوز؛ فإنه قال: ولا يشترى العبد، ولا من لم تكمل فيه الحرية.

وفيه قول آخر: أنه يباح له أن يطأ؛ وذلك مبني على أصلٍ، وهو أنه إذا مات: هل يورث عنه ما ملكه أم لا؟

إن قلنا: لا ينصرف إلى سيده، أو بعضه لسيده وبعضه لورثته -فقد علقنا حقَّ السيد بماله، وذلك علامة نقصان ملكه؛ فلا يباح له الوطء.

وإن قلنا: يصرف ماله إلى ورثته أو إلى بيت المال -فلا نجعل للسيد في ماله حقًّا، فيباح له الوطء.

إلا أن من أصحابنا من قال: لا بد من إذن السيد.

قلت: وكذلك قال غيره][(٢)]: [إنه ينظر: فإن][(٣)] لم يأذن له مالك بعضِهِ الرقيقِ - لم يجز؛ لأن الوطء يقع بجميع بدنه، ولا يختص ببعضه الحر، وقال ابن الصباغ: إلا أنه لا حاجة إلى إذن السيد، كما أنه يأكل كسبه ويتصرف فيه، فإن أذن السيد وفرعنا على أنه لا بد من إذنه[(٤)]: فعلى القديم يجوز، وعلى الجديد لا يجوز؛ لأن ما فيه من الملك يمنع [من][(٥)] التسري، والمكاتب لا يتسري بغير إذن السيد، وبإذنه قولان؛ بناء على الخلاف في تبرعاته، حكاه الرافعي في آخر الفصل الخامس من الفصول بعد النكاح.

قال: ولا يصح نكاح الشغار، وهو أن يزوج الرجل وليته من رجل على أن يزوجه ذلك وليته، ويكون بضع كل واحدة منهما صداقًا للأخرى، أي: وقَبِلَ الآخر، أو قال مثله[(٦)].

الشِّغار - بكسر الشين- مأخوذ من قولهم: شَغَرَ البلدُ عن السلطان؛ إذا خلا؛

---

(١) في س: ما.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: يطلب.
(٤) في س: إذن.
(٥) سقط في د.
(٦) في س: مسألة.

فسمى هذا النكاح به؛ لخلوه عن المهر؛ أو لخلوه عن بعض الشرائط.

وقيل: من قولهم: شغر الكلب بِرِجْله[(١)]، إذا رفعها ليبول، وسمى هذا النكاح به؛ لأنه رفع عن المهر، أو لأن كل واحد منهما رفع رجله للآخر عما أراد.

وفي بعض الشروح: أن الكلب إذا كان يبول حيث يصلُ من غير[(٢)] مبالاة، قيل: شغر الكلب برجله؛ فسمى هذا شغارًا؛ لعدم المبالاة فيه بالمهر، وقيل: سمى شغارًا لقبحه؛ تشبيهًا له برفع الكلب رجله.

والأصل فيه ما روى عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي - ﷺ - نهى عن الشغار[(٣)]، وفسره بأن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته، وليس بينهما صداق.

ويروى: «وَبُضْعُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا صَدَاقُ الْأُخْرَى»[(٤)]، ويروى عن [ابن][(٥)] أبي هريرة مثل الأول، وأنه ذكر التفصيل موصولاً بالحديث.

قال الأئمة: وهذا التفسير يجوز أن يكون مرفوعًا، ويجوز أن يكون من تفسير الراوي، وهو أعلم بتفسير الخبر[(٦)] من غيره.

وذكر في [طريق][(٧)] المعنى أن قوله: زوجتك ابنتي، يقتضي تمليك الزوج بُضعها[(٨)]، فإذا[(٩)] قال: وبضع كل واحدة [منهما][(١٠)] صداق الأخرى، تضمن تمليك المرأة بضعها[(١١)]، وليس يمكن تمليكها إلا بعد الاسترجاع من[(١٢)] الأول؛ فكأنه رجع عما أوجب قبل القبول، وهو[(١٣)] يملك ذلك؛ فبطل العقد، ولأن فيه تشريكًا في البضع، لأن كل واحد منهما جعل بضع مُوَلِّيَتَهُ مَوْرِدًا للنكاح، وصداقًا للأخرى؛ فأشبه ما لو زوج امرأة من رجلين.

---

(١) في س: رجله.
(٢) في س: غيره.
(٣) أخرجه البخاري (١٠/ ٢٠٣) كتاب النكاح، باب: الشغار، برقم (٥١١٢)، ومسلم(٢/ ١٠٣٤) كتاب النكاح، باب: تحريم نكاح الشغار وبطلانه، برقم (٥٧/ ١٤١٥).
(٤) قال الحافظ في التلخيص الحبير(٣/ ٣٢٦): لم أجد هذا في الحديث، وإنما هو تفسير ابن جريج كما بين ذلك البيهقي.
(٥) سقط في د.
(٦) في د: الحديث.
(٧) سقط في س.
(٨) في س: بعضها.
(٩) في س: وكذا.
(١٠) سقط في د.
(١١) في س: بعضها.
(١٢) في س: عن.
(١٣) في س: هل.

وربما شبه ذلك بما إذا نكحت الحرة عبدًا؛ على أن تكون رقبته صداقها؛ فإنه لا يصح النكاح، وكما لا يجوز أن يكون الرجل ناكحًا وصداقًا، لا يجوز أن تكون المرأة منكوحة وصداقًا.

وقد يعترض على ذلك، فيقال: المفسد هو التشريك من جهة واحدة، إذا زوجها من رجلين، وهذا التشريك بجهتين مختلفتين؛ فيشبه أن يلتحق[1] بما إذا زوج أمته ثم باعها، أو أصدقها امرأة. وأما المسألة الأخرى، فسبب البطلان فيها: ملكُ الزوجةِ الزوجَ، وهذا المعنى لو عَرَضَ رُفع النكاح؛ فإذا[2] قارن ابتداءه منع الانعقاد.

وقال القفال: إن سبب البطلان التعليق والتوقيف؛ فلا يبطل ما لم يضم إليه: ومهما انعقد نكاح [ابنتي، فقد انعقد لي نكاح][3] ابنتك؛ إذ هو المراد من الشغار، مأخوذ من قولهم: شغر الكلب رجله، أي: لا ترفع رجل ابنتى حتى[4] أرفع رجل ابنتك، وكان ذلك [من][5] عادة العرب؛ لأَنَفَتها[6] من التزويج.

هكذا حكاه ابن يونس عنه، وفي كلام الغزالي في «الوسيط» [ما يدل][7] عليه، ثم قال[8]: لو اقتصر على شرط التزويج في العقد وعلى إصداق البضع صح العقد؛ لأن عقد النكاح لا يفسد بالشرائط الفاسدة، وما ذكره القفال أقيس، وما ذكره الجمهور إلى الخبر أقرب، وظاهر كلام الرافعي أن القفال استنبط ذلك من قوله: على أن تزوجنى ابنتك؛ إذ من عادة العرب ذلك؛ لأجل أنفتها، وإلا فتفسير الشغار في الخبر ليس فيه تعليق.

وقال في «التتمة»: إنْ قَصَدَ بذلك تعليق الانعقاد بالانعقاد، ووجد ما يدل عليه صريحًا أو كناية - فالعقد باطل، وإن قصد به المواصلة، أو قصد [به][9] إخلاء النكاح من الصداق؛ حتى لا يُلْزَم بَذْلَ مَالٍ - فالنكاح صحيح، ولكل واحدة مهر المثل، فلو قال: زوجتك ابنتي على أن تزوجنى [ابنتك][10]، وقَبِلَ الآخر، ولم يجعل البضع صداقًا- فأصح الوجهين: الصحة؛ إذ لم يوجد تفسير الشغار في

---

(١) في س: يلحق.
(٢) في س: وإذا.
(٣) سقط في س.
(٤) في د: ما لم.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: لابنتهما.
(٧) في د: دليل.
(٨) زاد في د: قال.
(٩) سقط في د.
(١٠) سقط في س.

الخبر، ولم يتحقق التشريك؛ فعلى هذا: لكل واحدة مهر[١] المثل.

قال في «التتمة»: وقال القفال: إن قصد تعليق العقد بالعقد لا يصح، وإن لم يقصد ذلك صح.

وخصص الإمام الوجهين الأولين بما إذا كانت الصيغة هذه، ولم يذكر مهرًا. وقطع بالصحة فيما إذا قال: زوجتك ابنتى بألف على أن تزوجنى ابنتك، وقال: ليس الفرق لذكر المهر، لكنه جاء في بعض الروايات أنه - عليه السلام - نهى عن نكاح الشغار[٢]، وهو أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه صاحبه ابنته؛ ففسر بهذا القدر من غير مزيد.

قال الرافعي: ولك أن تقول: هذا التفسير حاصل، سواء ذكر المهر أو لم يذكره؛ إذ ليس فيه تعرض [لترك المهر، كما ليس فيه تعرض][٣] لذكره، فلا يصلح مستنَدًا للفرق.

ولو قال: زوجتك ابنتى على أن تزوجني ابنتك، وبضعُ ابنتك صداقُ ابنتي، فَقَبِلَ - صح الأول، وبطل الثاني. ولو قال: وبضع ابنتي صداق ابنتك، صح الثاني، وبطل الأول؛ نظرًا لمعنى التشريك. ولو قال: زوجتك ابنتي بألف على أن تزوجني ابنتك بألف، وبضع كل واحدة منهما صداق للأخرى وألف درهم - فوجهان:

[أحدهما][٤] - وهو ظاهر [لفظ][٥] «المختصر»-: أنه صحيح؛ لأنه ليس على تفسير لفظ «الشغار».

وأصحهما : البطلان؛ لقيام معنى التشريك والتوقيف[٦]، ويحكى هذا عن نصه في «الإملاء».

ولو قال: زوجتك جاريتي على أن تزوجني ابنتك، وتكون رقبة جاريتي صداقًا لابنتك - قال في «الشامل»: صح النكاحان؛ لأنه لا تشريك فيما يَرِدُ عليه عقد النكاح، ويفسد الصداق، ولكل واحدة مهر مثلها.

---

(١) في س: منهن.

(٢) ذكره ابن عبد البر في التمهيد (١٤/ ٧٠) من رواية ابن وهب، عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن نكاح الشغار.

(٣) سقط في س.

(٤) سقط في س.

(٥) سقط في د.

(٦) في د: التوقف.

وقال في «التتمة»: تملك البنت رقبة الجارية عن[1] صداقها، ويجب على الأب مهر الجارية لسيد الجارية؛ لأنه هو العاقد عليها في حال قيام الملك في الرقبة. وفرّع [على][2] ذلك فقال: لو قال: تزوجت ابنتك على رقبة جاريتي، وزوَّجتك جاريتي، فقال في الجواب: زوجتك بنتي وتزوجت[3] جاريتك -فنكاح الجارية لا يصح؛ لأن الملك في الجارية بالتزويج انتقل إلى البنت؛ فلا يجوز أن يقبل نكاح الجارية؛ لأن الإيجاب بطل فيها بنقل الملك، قال الرافعي: ويجيء على معنى التعليق والتوقيف أن يحكم ببطلان النكاحين.

ولو طلق امرأته على أن يزوجه صاحبه ابنته، ويكون بضع امرأته صداقًا لها، وزوجه صاحبه على ذلك - حكى ابن كج فيه وجهين:

أحدهما: يفسد النكاح؛ لخلوه عن الصداق.

والثاني: أنه يقتصر الفساد على الصداق.

ولو قال: زوجتك ابنتى على أن [يكون][4] بضعك صداقها[5] - يعني: بضع الزوج - قال [في «التتمة»][6]: من أصحابنا من قال: يصح النكاح؛ لأنه ليس فيه تشريك ولا رجوع عما أوجب للزوج[7] قبل قبوله[8]، ومنهم من قال: العقد باطل؛ لأنه يتضمن حجرًا عليه في الاستمتاع لو ملكته؛ إذ لا يجوز الانتفاع بملك الغير إلا بإذنه.

قال: ولا يصح نكاح العبد - أي: لحرة - على أن تكون رقبته صداقًا للمرأة؛ لأنه لا طريق لإبطال التسمية وحدها؛ لأن السيد من أهل التمليك، والرقبة قابلة لنقل الملك، وهي من أهل التمليك، وسبب التمليك قد صح؛ فلا وجه لبطلان الملك، ولو صححنا التسمية لصارت مالكة لزوجها، وملك رقبة الزوج في الدوام يقطع النكاح؛ فملك الابتداء أولى.

وقال في «النهاية» في فصل الضيافة في ضمن فرع: وكنت أود لو ذهب ذاهب

---

(١) في د: غير.
(٢) سقط في س.
(٣) في د: زوجت.
(٤) سقط في د.
(٥) في س: صداقي.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: الزوج.
(٨) في س: قوله.

إلى صحة النكاح وفساد الصداق، ثم إن كان فالرجوع(١) إلى مهر المثل أو إلى القيمة، [ولكن](٢) لم يَصِرْ إلى هذا صائر، والتعويل في المذهب على النقل.

وقال في [التتمة](٣): وعن بعض أصحابنا بالعراق - وهو ما ذكره ابن الصباغ بدليل الشغار-: أنه يصح النكاح، ويفسد الصداق، ويجب مهر المثل كما لو أصدقها خمرًا، أما إذا كانت الزوجة أمة فالنكاح والصداق صحيحان؛ إذ لا تضادَّ.

[وقول](٤) الشيخ: «للمرأة»، يخرج ذلك؛ إذ الصداق في هذه الصورة للسيد.

قال: ولا نكاح المتعة، وهو أن يتزوجها(٥) **إلى مدة**، أي: سواء كانت المدة معلومة بأن ينكحها إلى شهر، أو مجهولة بأن ينكحها إلى قدوم زيد، وإذا انقضت(٦) المدة بانت منه، وسمى بذلك؛ لانتفاعها بما يعطيها وانتفاعه بها بقضاء شهوته [دون قصد التوالد وسائر أغراض النكاح](٧)، وكل ما انتفع به فهو متاع ومتعة.

وقد كان هذا العقد جائزًا في ابتداء [الإسلام](٨) ثم نسخ، وروى عن ابن عباس جوازه، وتابعه السبعةُ وابن جريج، وقيل: إن ابن عباس رجع عنه، ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ﴾ [المؤمنون: ٥، ٦]، وهذه خارجة عن القسمين؛ فوجب حفظ الفرج [عنها](٩)، وما روى الربيع بن سبرة الجهني(١٠) عن أبيه أنه - عليه السلام - قام بين الركن والباب في حجة الوداع، فقال في كلام(١١): «كُنْتُ [قَدْ](١٢) أَذِنْتُ [لَكُمْ](١٣) فِي الاسْتِمْتَاعِ مِنْ هَذِهِ النِّسْوةِ، أَلَا وَإِنَّ اللَّهَ [قَدْ](١٤) حَرَّمَ ذَلِكَ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ؛ فَمَنْ كَانَ عِنْدَهُ مِنْهُنَّ شَيْءٌ فَلْيُخَلِّ سَبِيلَهَا، وَلَا تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ

---

(١) في د: بالرجوع.
(٢) في س: ولم يكن.
(٣) سقط في د.
(٤) في س: قول.
(٥) في س: يتزوج.
(٦) في د: مضت.
(٧) سقط في س.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في س.
(١٠) في د: ربيع.
(١١) في س: كلامه.
(١٢) سقط في س.
(١٣) سقط في د.
(١٤) سقط في د.

شَيْئًا»[(١)] رواه البخاري ومسلم، قاله في «التتمة». وقد روي عن علي - كرم الله وجهه - أن النبي - ﷺ -: «نَهَى عَامَ خَيْبَرَ عَنْ نِكَاحِ الْمُتْعَةِ»[(٢)].

وإذا وطئ في نكاح المتعة جاهلاً بفساده فلا حد، وإن كان عالمًا انبنى على أنه لو اختلف أهل عصر في مسألة، ثم اتفق من بعدهم على أحد القولين فيها - هل يصير ذلك مجمعًا عليه؟ وفيه خلاف في الأصول: إن قلنا: نعم، وجب، وإلا فلا يجب على الأصح، كما في سائر الأنكحة المختلَفِ فيها، وحيث لا يجب الحد يجب المهر والعدة، ويثبت النسب.

فرع: لو قال: نكحتها متعة، ولم يزد على هذا - حكى الحناطي [في صحته][(٣)] وجهين.

قال: ولا نكاح المحلل، وهو أن ينكحها ليُحِلَّها للزوج الأول، أي: مع شرط ذلك في العقد، وكذا لو شرط أنه إذا وطئها فلا نكاح بينهما؛ لقوله - ﷺ -: «لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ»[(٤)]، وروي أنه قال: «هُوَ التَّيْسُ الْمُسْتَعَارُ»[(٥)]، ولا يقول هذا لمن

---

(١) بل أخرجه مسلم (٢/ ١٠٢٥) كتاب النكاح، باب: نكاح المتعة، برقم (١٤٠٦/٢١).

(٢) أخرجه البخاري (٧/ ٤٨١) كتاب المغازي، باب: غزوة خيبر، برقم (٤٢١٦)، ومسلم (٢/ ١٠٢٧-١٠٢٨) كتاب النكاح، باب: نكاح المتعة، برقم (٢٩-٣٠/ ١٤٠٧).

(٣) سقط في س.

(٤) أخرجه أحمد (١/ ٤٤٨)، والترمذي (٣/ ٤٢٨ - ٤٢٩) كتاب النكاح، باب: المحلل والمحلل له، حديث (١١٢٠)، والنسائي (٦/ ١٤٩) كتاب النكاح، باب: إحلال المطلقة ثلاثًا، والدارمي (٢/ ١٥٨) كتاب النكاح، باب: في النهي عن التحليل، والبيهقي (٧/ ٢٠٨) كتاب النكاح، باب: ما جاء في نكاح المحلل، من طرق عن سفيان عن أبي قيس عن هزيل بن شرحبيل عن عبد الله بن مسعود قال: لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له.
قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.
وأخرجه أحمد (١/ ٤٥٠ - ٤٥١)، وأبو يعلى (٨/ ٤٦٨) رقم (٥٠٥٤)، والبغوي في شرح السنة (٥/ ٧٨) من طريق عبد الكريم الجزري عن أبي واصل عن عبد الله بن مسعود أن رسول الله ﷺ لعن المحلل والمحلل له.

(٥) أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٢٣) كتاب النكاح، باب: المحلل والمحلل له حديث (١٩٣٦)، والدارقطني (٣/ ٢٥١) كتاب النكاح حديث (٢٨)، والحاكم (٢/ ١٩٩)، والبيهقي (٧/ ٢٠٨) كتاب النكاح باب: نكاح المحلل، وابن الجوزي في العلل المتناهية (٢/ ٦٤٦) من طريق الليث، عن مشرح بن هاعان، عن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا بلى يا رسول الله قال: هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له.
وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي وقال: وقد ذكر أبو صالح كاتب الليث عن =

صح نكاحه، ولأنه نكاحٌ شُرِطَ قَطْعُهُ دون غايته، فبطل كنكاح المتعة.

وإن وجد[١] الشرط قبل العقد، فالأصح الصحة.

ومأخذ الخلاف[٢] في مهر السر والعلانية، وسنذكره إن شاء الله تعالى.

فإن عقد لذلك، ولم يشرط في العقد، ولا قبله - كره ولم يفسد العقد.

فائدة: تشبيه المحلل بالتيس المستعار دون غيره من الحيوانات؛ لأن التيس فيه[٣] منفعة سوى منفعة الإنزاء، بخلاف غيره.

قال: وإن تزوجها على أنه إذا حللها[٤] طلقها، ففيه قولان:

أحدهما: أنه يبطل؛ لأنه شَرْطٌ يمنع صحة دوام النكاح؛ فأشبه التأقيت، وهذا

= ليث سماعه من مشرح.

ثم ساقه من طريقه عن الليث قال: سمعت مشرح به.

ثم قال: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي.

وقد أعلّ أبو زرعة هذا الحديث بعدم سماع الليث من مشرح فقال ابن أبي حاتم في «العلل» (١/ ٤١١) رقم (١٢٣٢): سمعت أبا زرعة وذكر حديثا رواه أبو صالح كاتب الليث وعثمان بن صالح قالا: حدثنا الليث عن مشرح بن هاعان عن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ ألا أخبركم بالتيس المستعان قالوا بلى. قال: المُحِلِّ والمحلل له، فلعن الله الحَالّ والمحلل له.

قال أبو زرعة وذكرت هذا الحديث ليحيى بن عبد الله بن بكير وأخبرته برواية عبد الله بن صالح وعثمان بن صالح فأنكر ذلك إنكارا شديداً وقال: لم يسمع الليث من مشرح شيئا ولا روى عنه شيئاً وإنما حدثني الليث بن سعد بهذا الحديث عن سليمان بن عبد الرحمن أن رسول الله ﷺ... فذكر الحديث، قال أبو زرعة: الصواب عندي حديث يحيى يعني ابن عبد الله بن بكير. اهـ.

وقد أعلّ الإمام البخاري هذا الحديث بنفس العلة وهي عدم سماع الليث من مشرح بن هاعان. فقال الترمذي في «العلل الكبير» (ص ١٦١ ١٦٢) رقم (٢٧٤): سألت محمدا يعني البخاري عن حديث عبد الله بن صالح حدثني الليث بن سعد عن مشرح بن هاعان عن عقبة بن عامر... فذكره. فقال: عبد الله بن صالح لم يكن أخرجه في أيامنا ما أرى الليث سمعه من مشرح بن هاعان لأن حيوة روى عن بكر بن عمرو عن مشرح. اهـ.

ويرد هذا كله تصريح الليث بسماعه من مشرح عند ابن ماجه، فقال الليث: قال لي أبو مصعب مشرح بن هاعان وعند الحاكم: من طريق أبو صالح عن الليث قال: سمعت مشرح وعند البيهقي أيضا.

لترتفع بذلك مظنة الانقطاع بين الليث ومشرح. والحديث ذكره «البوصيري في الزوائد» (٢/ ١٠٢) وقال: هذا إسناد مختلف فيه من أجل أبي مصعب اهـ. وأبو مصعب هو مشرح ابن هاعان.

قال الحافظ في «التقريب» (٢/ ٢٥٠): مقبول.

يعني عند المتابعة وإلاَّ فلين الحديث.

(١) في س: كان.

(٢) في د: الاختلاف.

(٣) في س: له.

(٤) في د: أحلها.

هو الأصح في «الرافعي»، وظاهرُ المذهب في «النهاية»، والجديد في «التهذيب»، وقال في «التتمة» و«الشامل» و«الذخائر»: إنه القديم، ومقابله هو المنصوص عليه في عامة كتبه.

قال: والثاني: لا يبطل؛ لأنه شرط فاسد قارن العقد؛ فلا يبطل به، كما لو نكحها بشرط ألا يتزوج عليها أو لا يسافر بها، وعلى الأول [هل][(١)] يحصل به التحليل؟ فيه قولان، وموضع استقصاء ذلك باب الرجعة.

قال: وإن تزوج بشرط الخيار، أي: في النكاح - فالعقد باطل؛ لأنه عقد معاوضة لا يثبت فيه خيار الشرط فيفسد بشرطه كالصرف، وإنما قلنا: إنه لا يثبت فيه الخيار؛ لأن الأصل في عقود المعاملات اللزوم، وإنما جوز في البيع؛ رخصة للحديث المشهور؛ لأنه يقع في الغالب بغتةً[(٢)]؛ فاحتيج فيه لإثبات الخيار حتى ينظر هل يصلح له أم لا؟ فيدفع عن نفسه الغَبِينة، والغالب في الأنكحة أنها تقع بعد تَرَوٍّ وتأمل؛ فاستغنى عن اشتراط الخيار فيها[(٣)]، وقد صرح الإمام بهذه العلة قبل باب: الأمة تعتق بورقتين.

أما إذا شرط الخيار في الصداق دون النكاح فهل يصحان ويثبت في الصداقِ الخيارُ، أو لا يصحان، أو يصح النكاح دون الصداق؟ فيه خلاف، والأصح الأخير، ووجهه: أن الصداق لا يتمحض عوضًا، بل فيه معنى النِّحْلة؛ فلا يليق به الخيار، والمرأة لم تَرْضَ بالمسمى[(٤)] إلا بشرط الخيار؛ فبطل الصداق، والنكاح لا يفسد بعدم الصداق؛ فبشرطٍ فاسد [فيه][(٥)] أولى، وإذا قلنا بثبوت الخيار فهل يثبت فيه خيار المجلس؟ فيه وجهان نقلهما الشيخ أبو الفرج.

قال: وإن تزوج وشرط عليه ألا يطأها، بطل العقد، هذا نصه، وكذلك[(٦)] لو شرط ألا يطأها في السنة إلا مرة، أو على ألا يطأها بالنهار؛ لأنه شرط يخل بمقصود العقد؛ فأبطله؛ كما لو باع بشرط ألا يسلم المبيع.

وفيه قول آخر منصوص عليه: أنه لا يبطل، ويلغو الشرط؛ لقوله - ﷺ -:

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: بغين.
(٣) في د: فيه.
(٤) في د: المسمى.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: هكذا.

«الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ، إِلَّا شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا، أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا»(١)، وكما إذا شرط ألا يتزوج عليها، [أو لا](٢) يسافر بها.

وقال الربيع: إن النصين محمولان على حالين: فحيث قال: يبطل، أراد: ما إذا شرطت الزوجة ألا يطأها، وحيث قال: يصح، أراد: ما إذا شرط الزوج ألا يطأها، والفرق: أن الوطء حق له فله تركه، والتمكين حق عليها فليس لها تركه، وصار هذا كما لو كان على فقيرٍ دَيْنٌ، فقال الفقير لرب المال: ادفع لي من الزكاة دينارًا لأؤدي دينك منه، فدفع إليه - أجزأه عن الزكاة، والفقير مخير في الأداء منه ومن غيره، ولو قال رب الدين: خذ هذا الدينار من الزكاة؛ بشرط أن ترد على من دَيْني- لا يجزئ عن الزكاة، وهو ما جزم به في «الشامل» و«المهذب»(٣)، وصححه الرافعي، وهو معنى قول الشيخ من بعدُ: «وقيل: إن شرط ترك الوطء أهلُ الزوجة بطل العقد»، وعدول الشيخ عن «الزوجة» إلى «أهل الزوجة» -ومراده: الولي- لأن الشرط إنما يؤثِّر في حالة العقد من العاقد كما تقدم، والعاقد هو الولي.

قال الرافعي: ولك أن تقول: إذا شرط أحد المتعاقدين شرطًا، فإن لم يساعده صاحبه لم يتم العقد، وإن ساعده فالزوج بالمساعدة تارك لحقه، فهلا كانت مساعدته كاشتراطه؟! وهي بالمساعدة مانعة حقه، فهلا كانت مساعدتها كاشتراطها؟!

ولو تزوج امرأة على ألا تحل له، ففي «النهاية»: أنه يجب أن يلتحق ذلك بالخلاف في شرط الامتناع عن الوطء. وقال في «الوسيط»: ينبغي أن يفسد؛ لما فيه من التناقض.

قال: وإن تزوج على ألا ينفق عليها، أو: لا يبيت عندها، أو: لا يقسم لها، أو: لا يتسَّرى عليها [أو: لا يسافر بها، وكذا لو شرط: ألا يتزوج عليها، أو: لا يطلقها، أو: تخرج متى شاءت](٤)، أو: يطلق ضرائرها - بطل الشرط؛ لقوله - ﷺ-: «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ»(٥)، وللحديث السابق.

---

(١) تقدم. (٢) في د: ولا.
(٣) في س: والمذهب. (٤) سقط في س.
(٥) أخرجه البخاري (٥/ ٦٧٢) كتاب الشروط، باب: الشروط في الولاء، برقم (٢٧٢٩)، ومسلم =

قال: والمسمى؛ لبطلان ما شرطه مما يقتضي زيادة في المهر، أو ما شرط لها مما يقتضي تنقيصًا في المهر، وبطلان ذلك يقتضي سقوط ما يقابله، وهو مجهول، والمجهول إذا سقط[1] من المعلوم صَيَّر الباقي مجهولاً، وفيه وجه: أن الشرط لا يؤثر فيه كما لا يؤثر في النكاح.

قال: وصح العقد؛ لأنه لا يمنع مقصود النكاح وهو الوطء، والنكاح لا يفسد بفساد العوض؛ فأولى ألا يفسد بفساد الشرط.

وحكى الجيلي قولاً أو وجهًا: أنه يبطل[2].

قال: ووجب مهر المثل؛ لفساد الصداق، ولا فرق بين أن يزيد على ما شرط في العقد أو ينقص، أو لا يزيد ولا ينقص.

وعن ابن خيران: أنه إن زاد والشرط لها فالواجب المسمى، وكذا إن نقص والشرط عليها، ومنهم من جعل ذلك قولاً مخرجًا.

وقيل: الواجب أقل الأمرين من مهر المثل أو المسمى.

واعلم أن حكم المهر في صورة شرط ترك الوطء والطلاق بعد التحليل، حكم ما ذكرناه.

قال: وقيل: إن شرط ترك الوطء أهلُ الزوجة بطل العقد، [وقد][3] مضى تقريره.

قال ابن يونس: وذِكْر هذا القول هنا سهو من الناسخ.

ولو[4] نكحها على ألا [يرث منها، أو: على ألا][5] يتوارثا، أو: على [أن][6]

= (٢/ ١١٤٢-١١٤٣) برقم (٨/ ١٥٠٤) من حديث أم المؤمنين عائشة بلفظ: ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل.

وأخرجه أحمد (٢/ ٢١٣)، والنسائي (٦/ ١٦٤) كتاب الطلاق، باب: خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك، وابن ماجه (٤/ ١٤٥) كتاب العتق، باب: المكاتب، برقم (٢٥٢١)، من حديث أم المؤمنين عائشة بلفظ المصنف.

(١) في د: أسقط.

(٢) قوله: وإن تزوج بشرط ألا ينفق عليها أو لا يبيت عندها، أو لا يقسم لها، أو لا يتسرى عليها، أو لا يسافر بها بطل الشرط والمسمى، وصح العقد، ثم قال: وحكى الجيلي قولًا أو وجهًا أنه يبطل. انتهى.

وهذا الخلاف بهذا التردد بين القول والوجه، قد حكاه الرافعي عن ابن خيران. [أ و].

(٣) في د: قد.

(٤) في س: فلو.

(٥) في د: يرث منها أولًا.

(٦) سقط في د.

النفقة على غير الزوج - بطل العقد[(١)].

وقيل: يصح، ويبطل الشرط.

ولو زوج أمته من عبد غيره، بشرط أن يكون الأولاد بين السَّيِّدَيْنِ، يصح النكاح، ويبطل الشرط، ذكره في «الإملاء»، وقيل: يبطل النكاح.

قال: وإذا طلقت المرأة ثلاثًا، أو توفي عنها زوجها، فاعتدت منه - حرم التصريح بخِطْبتها - أي: في العدة - للإجماع، على ما نقله ابن عطية في تفسيره، ولمفهوم الآية. ولا يحرم التعريض؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [البقرة: ٢٣٥]، ولما روى أن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها وبَتَّ طلاقها، فقال رسول الله - ﷺ-: «إِذَا حَلَلْتِ ، فَآذِنِينِي»[(٢)].

وفُرِّق بين التصريح والتعريض بأنه إذا صرح بخِطبتها تحققت رغبته فيها؛ فربما تكذب في انقضاء العدة؛ لغلبة شهوةٍ أو غيرها، وإذا عرّض لم تتحقق الرغبة.

وحكى الخراسانيون قولاً: أن المطلقة ثلاثًا لا يجوز التعريض بخطبتها، وفي بعض الشروح حكاية وجه: أن المتوفى عنها زوجها، إن كانت تعتد بالحمل لم تخطب؛ خوفًا من أن تتكلف إلقاء ولدها.

وحكم المفارقة باللعان والرضاع حكم المطلقة ثلاثًا، وحكم زوجة العبد بعد الطلقتين كحكم زوجة الحر بعد الثلاث.

ولا فرق على المشهور بين أن تكون معتدة بالأقراء أو الشهور، وقيل بتخصيص الخلاف بذوات الأشهر، وبالقطع بالمنع في ذوات الأقراء؛ لأنها قد تكذب في انقضاء العدة.

---

(١) في د: النكاح.

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٥٨٠، ٥٨١) كتاب الطلاق، باب: ما جاء في نفقة المطلقة، حديث (٦٧)، ومن طريقه أحمد (٦/ ٤١١، ٤١٢)، ومسلم (٣/ ١١١٤) كتاب الطلاق، باب: المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، حديث (٣٦/ ١٤٨٠) عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن فاطمة بنت قيس.... به.
وأخرجه مسلم (٢/ ١١١٩) كتاب الطلاق، باب: المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، حديث (٤٧/ ١٤٨٠)، من طريق وكيع ثنا سفيان عن أبي بكر بن أبي الجهم بن صخير العدوى، قال: سمعت فاطمة بنت قيس تقول: قال لى رسول الله ﷺ: «إذا حللت فآذنينى» .

والتصريح في الخطبة - بكسر الخاء-: كل نص صريح في تزويجها كقوله: أريد أن أنكحك، و: إذا انقضت عدتك نكحتك.

والتعريض ما يحتمل[(١)] الرغبة في النكاح وغيره كقوله: ربّ راغب فيك أو في نكاحك - كما حكاه ابن الصباغ - و: أنت جميلة، و: إذا حللت فآذنيني، وما أشبه ذلك.

قال: «وإن خالعها زوجها فاعتدت منه لم يحرم على زوجها التصريح بخطبتها»؛ لانتفاء التهمة[(٢)] في حقه؛ إذ له نكاحها في العدة. ويحرم على غيره، أي: التصريح؛ لأنه إذا حرم[(٣)] في عدة الوفاة رعايةً لحقه، فَلَأَنْ يحرم [عليه][(٤)] لحق الحي أولى.

قال: وفي التعريض قولان:

أحدهما: يحرم؛ لأنها مستوحشة بالطلاق، وربما كذبت في انقضاء العدة؛ مسارعةً إلى مكافأة الزوج، ولأن لصاحب العدة أن يستنكحها؛ فأشبهت الرجعيّة.

والثاني - وهو نصه في «البويطي»، والأصح-: أنه لا يحرم؛ لانقطاع سلطنة الزوج عنها، فأشبهت المطلقة ثلاثًا.

والمفسوخ نكاحُها كالمختلعة، وقيل: إن فسخ الزوج فعلى الخلاف، وإن فسخت هي لم يجز[(٥)] التعريض بخطبتها قولاً واحدًا، وهذا[(٦)] ما أجاب به في «التتمة».

[والموطوءة بالشبهة[(٧)] كالمختلعة، وقيل: كالمتوفي عنها، وهو الأصح في «التهذيب»][(٨)]، والجواب من جهة المرأة - [تصريحًا أو تعريضًا][(٩)] - حكمه حكم الخطبة.

واعلم أن قول الشيخ: «وإن خالعها زوجها فاعتدت منه»، لفظة «فاعتدت [منه][(١٠)]» يحترز بها عمَّا إذا جرى الخلع قبل الدخول؛ فإن التصريح بخطبتها لغيره جائز كما بعد انقضاء العدة، وذكر هذه اللفظة في المسألة الأولى يشمل المتوفى عنها زوجها والمطلقة ثلاثًا، ولا فائدة [لها][(١١)] في المتوفى عنها؛ إذ لا نقل عن العدة.

---

(١) في د: يحمل.
(٢) في د: النهي.
(٣) في ب، د: أحرم.
(٤) سقط في د، وفي س: رعاية.
(٥) في س: يحرم.
(٦) في س: هو.
(٧) في س: يشبهه.
(٨) سقط في د.
(٩) في ب، د: صريحًا وتعريضًا.
(١٠) سقط في د، س.
(١١) سقط في س.

قال: «ويحرم على الرجل أن يخطُب على خِطبة أخيه [إذا صرّح له؛ بالإجابة» أي: ولم يأذن الخاطب ولم يترك][١]؛ لما روى عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «لَا يَخْطُبْ أَحَدُكُمْ[٢] عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ»[٣]، وروى: «حَتَّى يَتْرُكَ الْخَاطِبُ قَبْلَهُ ، أَوْ يَأْذَنَ لَهُ الْخَاطِبُ»[٤]، ولأن فيه إفسادًا لما تقرر بينهما؛ فيورث [ذلك][٥] إيغار الصدور؛ فحرم، كما في البيع على بيع أخيه.

والمعتبر إجابة الولي إن كانت مجبرة دون إجابتها.

قلت: ويمكن أن تكون إجابتها معتبرة إذا قلنا: إن من عينته من الأكفاء أولى ممن عينه الولي.

وإجابة المرأة إن لم تكن مجبرة دون الولي، وفي المجنونة إجابة السلطان، وفي الأمة إجابة السيد.

والتصريح أن تقول: أجبتك إلى ذلك، أو تأذن لوليها في التزويج منه إن كان إذنها معتبرًا.

قال: «فإن خالف وتزوج صحّ العقد»؛ لأن المنع من ذلك لمعنى[٦] في غير العقد؛ فلا يمنع صحته، كما لو عقد في وقت تضيَّقت [عليه][٧] فيه الصلاة.

قال: «وإن عرَّض له بالإجابة» أي: مثل أن يقول: ما أنت إلا رِضًا؛ وما بك من عيب، و: لا رغبة عنك - ففيه قولان:

أصحهما: أنه لا يحرم خطبتها؛ لما روى أن فاطمة بنت قيس [لما][٨] انقضت عدتها قالت: يا رسول الله، خطبني معاوية وأبو جهم؟ فقال: «أَمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُعْلُوكٌ لا مَالَ لَهُ ، وَأَمَّا أَبُو جَهْمٍ فَلا يَضَعُ العَصَا عَنْ عَاتِقِهِ، انْكِحِي أُسَامَةَ»[٩]، والظاهر من كلامها: أنها كانت ركنت إلى نكاح أحدهما؛ ولهذا ذكرتهما، ولأنه

---

(١) في ب: وروي حتى يترك. (٢) في د: الرجل.
(٣) أخرجه البخاري (٩/ ١٩٨)، كتاب النكاح، باب: لا يخطب على خطبة أخيه (٥١٤٢)، ومسلم (٢/ ١٠٣٢) كتاب النكاح باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه، حديث (٤٩/ ١٤١٢).
(٤) أخرجه البخاري (٩/ ١٩٨) كتاب النكاح، باب: لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، برقم (٥١٤٢).
(٥) سقط في ب. (٦) في س: المعنى.
(٧) سقط في س. (٨) في د: أما، وسقط في س.
(٩) تقدم.

ليس فيه [إبطال شيء][(١)] تقرر بينهما؛ فأشبه ما لو سكتت.

ومعاوية المذكور في الحديث: ابن أبي سفيان على المشهور، وقيل: بل غيره.

وقوله: «لا يَضَعُ العَصَا عَنْ عَاتِقِهِ»، قيل: كنى به عن كثرة الضرب[(٢)] وسوء الخلق، وقيل: عن كثرة السفر، وقيل: عن كثرة الجماع، وهو بعيدٌ.

والقول[(٣)] **الثاني** - [وهو القديم][(٤)]-: أنها تحرم[(٥)]؛ لإطلاق خبر ابن عمر.

ولو قالت: حتى أتدبر في نفسى أو أراجع غيري، فعلى وجهين [محكيين][(٦)] في «التتمة».

ولا يمنع السكوت الخطبة عند العراقيين، وطرد الخراسانيون فيه القولين.

وقال الرافعي: ويمكن [ألا يجعل][(٧)] هذا اختلافًا، ويحمل الأول على سكوت لم يقترن به ما يشعر بالرضا.

واعلم أن السابق إلى الفهم من إطلاق الأكثرين: أن سكوت الولي عن الجواب، على الجواب الذي مرّ، وذكر بعضهم أن سكوت الولي لا يمنع الخطبة قطعًا؛ كما أن السكوت لا يمنع السَّوْمَ على السوم، بخلاف سكوت المرأة؛ لأنها مجبولة على الحياء، فلولا الرضا عند السكوت لبادرت إلى الرد.

وعن الداركي: أن الخلاف في سكوت البكر، [وأمَّا][(٨)] الثيب فإن[(٩)] سكوتها لا يمنع الخطبة بحالٍ.

ولا شك أنه لو وجد الرد ممن له الإجابة لم تحرم الخطبة.

ولا فرق في جميع ما ذكرناه بين أن تكون المخطوبة ذميّة، [أو الخاطبان][(١٠)] مسلمين، أو مسلمًا وذميًا.

وعن أبي عبيد بن حربويه: أن المنع مخصوص بما إذا كان الخاطب الأول مسلمًا، أما الذمي فتجوز الخطبة على خِطْبته.

فرع: يجوز الهجوم على الخِطْبة للذي لم يَدْرِ أنها خُطِبَتْ أم لا، ولمن لم

---

(١) في س: إبطاله لشيء.
(٢) في س: الضرر.
(٣) سقط في التنبيه.
(٤) سقط في س.
(٥) في التنبيه: يحرم.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: أن نجعل.
(٨) في س: أما.
(٩) في س: فلأن.
(١٠) في ب، س: والخاطبان.

يَدْرِ أن الخاطب أُجيب أم لا.

آخر: يجوز الصِّدْقُ في ذكر مَساوى الخاطب؛ ليُحذَرَ؛ لخبر فاطمة بنت قيس، وليس هذا من الغِيبة المحرَّمة، وإنما الغِيبة المحرمة: التفكُّه بذكر مَثَالِمَ لناسٍ، وإضحاك الناس بها، وهتك أسرارهم بين يدي أعدائهم؛ تقرُّبًا إليهم، والله -عزوجل- أعلم.

* * *

باب الخيار في النكاح والرد بالعيب

إذا وجد [أحد](1) الزوجين بالآخر جنونًا، أو جذامًا، أو برصًا ثبت له الخيار؛ لما روي أن النبي ﷺ تزوج بامرأة من بنى غفار، فلما دخلت عليه، رأى بكشحها بياضًا، فقال لها: «البَسِي ثِيَابَكِ، والحَقِي بأهلِكِ»(2)، وقال لأهلها: «دَلَّسْتُمْ عليَّ».

والكشح: الجنب.

فثبت الرد في المرض بالخبر، وقيس(3) الباقي عليه؛ [لأنه في معناه في المنع من الاستمتاع، ولما روي عن عمر - رضي الله عنه -](4) أنه قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً(5) بِهَا جُنُونٌ، أَوْ جُذَامٌ، أَوْ بَرَصٌ، فَمَسَّهَا، فَلَهَا صَدَاقُهَا، وَذَلِكَ لِزَوْجِهَا عَلَى وَلِيِّهَا»(6).

ولأن النكاح عقد معاوضة، قابل للرفع، فجاز رفعه بسبب العيوب المؤثرة في المقصود؛ كالبيع، والإجارة.

ولا فرق في الجنون بين المطبق والمنقطع، ولا [فرق](7) بين أن يقبل العلاج أو لا.

---

(1) سقط في س.

(2) أخرجه سعيد بن منصور (1/ 247) رقم (829، 831)، والحاكم (4/ 34)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (1/ 267) كلهم من طريق أبي معاوية الضرير، نا جميل بن زيد، عن زيد ابن كعب بن عجرة...... به.

وأخرجه البيهقي (7/ 214) كتاب النكاح: باب ما يرد به النكاح من العيوب، من طريق ابن عدي، عن جميل بن زيد، عن ابن عمر...... به.

وقال ابن عدي: وجميل بن زيد تفرد بهذا الحديث واضطرب الرواة عنه لهذا الحديث.

(3) في س: قسنا.

(4) سقط في س.

(5) في س: بامرأة.

(6) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (1/ 245) برقم 818، ومالك في الموطأ (2/ 526) برقم (9)، والشافعي في الأم (5/ 123) كتاب الشغار، باب: في العيب بالمنكوحة، والبيهقي (7/ 214) وابن أبي شيبة في مصنفه (3/ 486) برقم (16295)، عن عمر بن الخطاب.

(7) سقط في د.

وحكى في «البيان» عن الصيمري: أنه إذا كان زمن الإفاقة أكثر، هل يثبت الخيار [به][(١)]؟ فيه وجهان.

وأبدى الإمام في الذي لم يستحكم، وهو مرجو - احتمالًا[(٢)] من الجذام المستحكم، وهو علة صعبة يحمر منها العضو، ثم يسود، ثم ينقطع، نسأل الله العافية.

وقال الإمام: [يجوز أن][(٣)] يكتفي باسوداد العضو[(٤)]، وحكم أهل البصائر باستحكام العلة[(٥)]، [وأنه][(٦)] من المرض المستحكم الذي لا يقبل العلاج دون أوائل الوَضَح[(٧)]، وعلامته أن يعصر فلا يحمر.

قال: وإن وجد أحدهما الآخر خنثى - أي: غير مشكل - ففيه قولان:

أحدهما: أنه يثبت[(٨)] الخيار، وهو القديم؛ لتغيره[(٩)] بالمقام معه، ولنفرة الطبع منه، فأشبه البرص.

والثاني - وهو الأصح عند المحاملي وغيره-: لا؛ لأنه لا يفوت مقصود النكاح، وذلك ثقبة زائدة أو سلعة.

وفي محل القولين طرق:

أصحها: أن القولين فيما إذا اختار الذكورة أو الأنوثة، فنكح؛ لأنه[(١٠)] قد يتبين خلاف الاختيار، أما إذا اتضح الحال بالعلامات الدالة على الذكورة أو الأنوثة، فلا خيار.

والثاني: أن القولين جاريان فيما إذا اتضح الحال بعلامة مظنونة كالولادة فلا خيار.

[فإن كان مقطوعًا بها.

والثالث: طرد القولين][(١١)] وإن كانت [العلامات][(١٢)] مقطوعًا[(١٣)] بها؛ لمعنى النفرة.

---

(١) سقط في د.

(٢) زاد في س: ولا يلتحق به الإغماء، إلا أن يزول المرض، ويبقى زوال العقل والمؤثر.

(٣) سقط في س.

(٤) في س: للعضو.

(٥) في س: للعلة.

(٦) سقط في د، س.

(٧) في س، د: التوضيح.

(٨) زاد في س: به.

(٩) في س: لتعتبره.

(١٠) في س: لأنه.

(١١) سقط في د.

(١٢) سقط في د.

(١٣) في س: مقطوعة.

قال: وإن وجد الزوج بالمرأة رتقًا، أو قرنًا، ثبت له الخيار.

وإن وجدت المرأة زوجها عنينًا، أو مجبوبًا، ثبت لها الخيار، وكذا لو وجدت به مرضًا مزمنًا، لا يتوقع زواله، ولا يمكن الجماع معه؛ لأن ذلك يخل بمقصود النكاح؛ فأشبه البرص بل أولى؛ لأن البرص لا يمنعه بالكلية، بل ينفر منه، وهذا لا يتصور معه.

والرتق - بفتح الراء والتاء-: ارتتاق[1] محل الجماع باللحم، ويخرج البول من ثقبة ضيقة كإحليل الرجل.

والقرن: بفتح الراء وإسكانها، وهو بالإسكان: العفلة: بالعين المهملة والفاء المفتوحة، وهي لحمة تكون في فم فرج المرأة.

وقيل: عظم.

والقرن: بفتح الراء، مصدر قرن يقرن قرنًا؛ كبرص يبرص برصًا؛ فيجوز أن يقرأ كلام المصنف بالفتح والإسكان: فالفتح على إرادة المصدر، والإسكان على إرادة الاسم، إلا أن الفتح أرجح؛ لكونه موافقًا لباقي العيوب؛ فإنها كلها مصادر، وعطف مصدر على مصدر أحسن من عطف اسم عليه؛ قاله النواوي.

وفي «الذخائر»: أن ذلك إنما يلحق المرأة الثيب إذا ولدت.

والعنة: امتناع الوقاع واحتباسه، وهي في اللغة الحظيرة[2]، ومنه سمي العنان: عنانًا؛ لأنه يحبس الدابة عن مرادها[3].

والجب: القطع، وإنما يثبت الخيار إذا لم يبق ما يمكن الجماع به، أما إذا أمكن؛ بأن بقي قدر الحشفة فلا يثبت.

وفي كتاب القاضي ابن كج: أن أبا الطيب بن سلمة خرجه على قولين؛ كما في الخصي ولا يثبت الخيار بكونها مفضاة، ولا بضيق المحل بحيث لا يمكنه الوطء إلا بالإفضاء، ولا بكبر آلة الزوج بحيث لا يمكن الجماع به.

---

(١) في س: ارتياق. (٢) في س: الخطوة.

(٣) قوله: «والعنة امتناع الوقاع، وهي في اللغة الحظيرة، ومنه سمي العنان عنانًا؛ لأنه يحبس الدابة عن مرادها». انتهى كلامه.

وهو يقتضي أن أهل اللغة وضعوا لفظ «العنة» للحظيرة، ثم إنهم أيضًا يعني - أهل اللغة - استعملوه مصدرًا للمعنى المذكور هنا، وليس كذلك، فإن المعروف في المصدر إنما هو التعنين، والعنانة كما هو مشهور في اللغة، ونبه عليه النووي. [أ و].

وقال[١] الغزالي في الديات عند الكلام في الإفضاء: إن الضيق ينزل منزلة الرتق، والكبر منزلة الجب في إثبات الخيار.

فرع: ليس للزوج إجبار المرأة الرتقاء على شق الموضع، ولو فعلت، وأمكن الوطء فلا خيار.

ويمكن أن يجيء فيه الخلاف المذكور، فيما إذا اطلع على عيب المبيع[٢] بعد زواله[٣].

قال: وإن وجدته خصيًّا، أو مسلولاً[٤]، ففيه قولان:

أصحهما: أنه لا خيار لها[٥]، والتعليل ما ذكرناه في الخنثى.

نعم: لو كان لا يقوى على الجماع بسبب ذلك، فحكمه حكم العنين.

والخصي: من رضت[٦] أنثياه [مع بقائهما][٧].

والمسلول: من أخذت أنثياه.

وقيل: الخصي الذي[٨] قطعت أنثياه. مع[٩] وعائهما، [والمسلول من أخرجت أنثياه مع ترك وعائهما][١٠].

ولا يثبت الخيار مما لا يقبل العلاج من البخر، والصنان، والعزيوط وهو الذي يتغوط عند الوقاع[١١].

وقال[١٢] السرخسي: إنه يثبت، قولاً بالقطع، والعور، والعمى، وخرم الأنف، وأشكال ذلك [وحكى في «الذخائر» عن «الوجيز» في ذلك قولين، ثم قال: لم أر ذلك لغيره][١٣].

---

(١) في س: قال.

(٢) في س: بالمعيب.

(٣) قوله: فرع: ليس للزوج إجبار المرأة الرتقاء على شق الموضع، فإن فعلت وأمكن الوطء فلا خيار. ويمكن أن يجيء فيه الخلاف المذكور، فيما إذا اطلع على عيب المبيع بعد زواله. انتهى كلامه. وما ذكره بحثًا واقتضى كلامه عدم الوقوف على نقله، قد سبقه إليه الرافعي، وتابعه عليه في الروضة، وقد صرح الماوردي والروياني في البحر بحكاية الخلاف الذي تفقها فيه، إلا أنهما جعلا محله بعد العلم وقبل الفسخ، فإن كان قبله فلا خيار جزمًا. [أ و].

(٤) في س: مشلولًا.

(٥) في س: لهما.

(٦) في س: ردت.

(٧) سقط في س.

(٨) في س: من.

(٩) زاد في س: ترك.

(١٠) سقط في س.

(١١) في س: الجماع.

(١٢) زاد في د: زاهد.

(١٣) سقط في د.

وقال القاضي الحسين وغيره: يثبت الخيار بكل عيب منفر يكسر سورة التوقان؛ فيتعذر الاستمتاع : كالاستحاضة، والقروح السائلة إذ لو اعتبر امتناع الاستمتاع، لاقتصر على الرتق والقرن، وروي أن ذلك قول الشافعي.

والصحيح: أنه لا يثبت الخيار إلا بالعيوب السبعة: الجنون، والجذام، والبرص - ويشترك فيها الزوجان - والرتق، والقرن - وذلك يختص بالزوجة - والجب، والعنة، وذلك يختص بالزوج.

هذا كله إذا كان العيب متقاربًا، ولم يعلم به من ليس به، أما إذا علم فلا خيار له [ما لم يزد][1]، وكذا إن زاد في ذلك الموضع على الأصح، أما إذا حدث في موضع آخر، قال في التتمة: يثبت له الخيار، وكذا إذا كان من جنس آخر.

واعلم: أن بعض الفقهاء يستشكل صورة فسخ المرأة بالعيب، ويقرره[2] بأن المرأة إن علمت بالعيب، فلا خيار، وإن لم تعلم به فالتنقي العيوب من شروط الكفاءة، ولا يصح النكاح إذا عدمت الكفاءة؛ على الأصح، وإذا لم يصح انتفى الخيار.

وهذه غفلة عن [قسم آخر][3] وهو ما إذا أذنت له في التزويج من مُعَنٍّ[4] أو من غير كفء، وزوجها الولي منه؛ بناء على أنه [سليم، فإذا][5] هو معيب - فإن المذهب صحة النكاح في هذه الصورة؛ كما صرح به الإمام في كتاب الوكالة، وباب المرابحة.

فرعان:

أحدهما: لو اختلف الزوجان في وجود ما يثبت[6] الخيار، أو[7] اختلفا في العلم بالعيب، فالقول قول من ينفيه إلى أن يقيم المدعي شاهدين ذكرين على ما يدعيه.

وفي أمالي أبي الفرج: أنه إذا وقع الاختلاف في العلم بعد الدخول، فالقول قول من يدعي العلم.

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: يقدره.
(٣) في د: قلم خرَّ.
(٤) في د: معين.
(٥) في د: يسلم منها.
(٦) زاد في س: به.
(٧) في د: و.

الثاني: يثبت للولى الخيار في الجنون المقارن، وإن رضيت به المرأة؛ لأنهم يتعيرون[١] به، ولا يثبت في الجب، والعنة.

وفي الجذام والبرص وجهان:

أصحهما: الثبوت؛ كما في الجنون؛ لأنهم يعيرون به، ولأن العلة قد تتعدى إليها وإلى نسلها.

ومن الأصحاب من حكم بثبوت الخيار في الجميع.

وحكى عن القفال أن هذا أظهر الطريقين.

وقال الإمام: إن الأول أحسن[٢] وهو طريق العراق.

وحكى وجهًا مطلقًا: أنه لا خيار له[٣].

ووجهًا: أن له[٤] الخيار فيما عدا الجب والعنة.

وعلى هذا يخرج منع المرأة من ابتداء التزويج إذا طلبت[٥]، وقد تقدم ذكر شيء من ذلك، [وسيأتي طرف منه في الباب، إن شاء الله تعالى][٦].

قال: وإن حدث العيب بالزوج - أي: قبل الدخول - كان لها أن تفسخ؛ دفعًا للضرر؛ إذ[٧] تعين ذلك طريقًا.

أما إذا حدث بعد الدخول، فإن كان الحادث الجنون، أو الجذام، أو البرص، فقد حكى صاحب الكتاب[٨] فيه وجهين.

قال الرافعي: ولم يُرَ لغيره نقل الوجهين في المسألة، لكن أطلقوا الجواب بثبوت الخيار[٩].

---

(١) في د: ينفرون.
(٢) في د: أخذ.
(٣) في س: لهم.
(٤) في س: لهم.
(٥) في د: لهم.في س: طلقت.
(٦) سقط في د.
(٧) في س: إذا.
(٨) في س: التقريب.
(٩) قوله: قال - يعني الشيخ-: وإن حدث العيب بالزوج، أي: قبل الدخول، كان لها أن تفسخ دفعًا للضرر، إذ تعين ذلك طريقًا.
أما إذا حدث بعد الدخول، فإن كان الحادث الجنون أو الجذام أو البرص، فقد حكى صاحب الكتاب فيه وجهين.
قال الرافعي: ولم ير لغيره نقل الوجهين في المسألة، لكن أطلقوا الجواب بثبوت الخيار. انتهى كلامه.
وهو يقتضي أن الحاكي للوجهين هو صاحب التنبيه، إما في التنبيه أو في المهذب، وهو سهو، بل الحاكي للوجهين هو الغزالي في الوجيز، لكن الرافعي عبر بهذه الصيغة، لكونه في الكتاب الذي =

وقالوا: حق الاستمتاع يشبه حق الانتفاع في الإجارة، والعيب الحادث في العين المستأجرة يثبت الخيار، فكذلك هاهنا.

وإن حدثت العنة، فلا خيار؛ إذ قد عرفت [قدرته][1] ووصلت إلى حظها[2].

وخالف فيه أبو ثور.

فإن حدث الجب، فوجهان، ويقال: قولان:

أحدهما: أنه كالعنة.

[وأصحهما: أنه يثبت؛ لأن الجب يؤيس الإنسان عن الوطء، والعنة][3] يرجى زوالها.

وحدوث[4] الخصي بعد الوطء [كالجب][5]؛ إن قلنا: إنه يثبت الخيار.

فرع: لو جبت المرأة ذكر زوجها [ثبت لها الخيار][6]؛ على أصح الوجهين، بخلاف المشتري إذا عيب المبيع؛ لأنها بالجب لا تصير قابضة لحقها؛ كالمستأجر، والمشتري بالعيب[7] قابض لحقه.

قال: **وإن حدث[8] بالزوجة** - أي: قبل الدخول أو بعده - ففيه قولان:

أصحهما: أنه يثبت - وهو الجديد - كالزوجة.

والقديم: المنع؛ لأنه لا تدليس منها[9]، والعقد سلم من العيب أولًا، وهو قادر على الطلاق؛ فلا يحتاج إلى إثبات الخيار؛ ولهذا لو أعتق العبد، وتحته أمة، لا خيار له[10] على المذهب، بخلاف الزوجة.

قال: **وإن وجد أحدهما بالآخر عيبًا من هذه العيوب، وبه مثله، فقد قيل: يفسخ**، وهو الأصح؛ لأن الإنسان يعاف من غيره ما لا يعاف من نفسه؛ فيمنعه ذلك من الاستمتاع، وكما لو باع عبدًا بعبد، ووجدا[11] بالعبدين عيبًا؛ فإن لكل منهما الخيار.

= تصدى لشرحه، فنقل المصنف عبارته يعني: عبارة الرافعي قبل أن يقدم عليها ما يدل على المراد، فوقع في الخلل. [أ و].

(١) سقط في س.
(٢) في س: حصتها.
(٣) سقط في د.
(٤) في س: حدث.
(٥) سقط في س.
(٦) في د: يثبت الخيار.
(٧) في د: بالتغيب.
(٨) في د: وجدت.
(٩) في د: فيها.
(١٠) في س: لها.
(١١) في س: وجد.

وقيل: لا يفسخ؛ لتساويهما في القبض.

والفرق على هذا بينه وبين [مسألة][(١)] العبدين: أن أحد العيبين[(٢)] قد يكون أرشه أكبر[(٣)] من عيب الآخر وإن تساويا [في أنفسهما][(٤)]؛ لأن النظر في ذلك إلى قيمة المبيع قد[(٥)] تتفاوت قيمتها؛ فثبت [الخيار][(٦)] لذلك التفاوت.

وعلى تقدير تساوي القيم، فذاك حدس وتخمين، وقد يظن التساوي، ولا تساوي، ولا كذلك هنا؛ فإن التساوي معلوم؛ إذ هو فرض المسألة.

قال الرافعي: وما ذكر من صورة المسألة في غير الجنون[(٧)] أما إذا كانا مجنونين، فلا يمكن إثبات الخيار لواحد منهما، ثم [قال:][(٨)] لكن[(٩)] الوجهان فيما إذا تساوى العيبان في القدر والجنس[(١٠)]، فإن كان في أحدهما أكثر وأفحش[(١١)]، وجب أن يثبت للآخر[(١٢)] من غير خلاف.

قلت: وما قاله من عدم الإمكان ممنوع؛ فإنه قد تقدم أن الجنون المتقطع يثبت الخيار كالمطبق؛ فيثبت له في خلال[(١٣)] إفاقته الخيار، فقد أمكن.

أما إذا كان العيب من جنس آخر، فلكل واحد منهما الخيار، إلا إذا كان الرجل مجبوبًا والمرأة رتقاء فهما كالجنس الواحد؛ كذا ذكره الإمام، وغيره.

وحكى في التهذيب طريقة قاطعة بأنه لا خيار؛ لأنه[(١٤)] وإن فسخ لا يصل إلى مقصود الوطء، وقضية إيراده ترجيح هذه الطريقة؛ وهو يشابه[(١٥)] إذا أحصر بالمرض[(١٦)].

قال: ولا يصح الفسخ بهذه العيوب إلا على الفور؛ لأنه خيار عيب، فكان على الفور؛ كما في المبيع، ولا ينافي[(١٧)] كونه على الفور ضرب المدة في العنة؛

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: العبدين.
(٣) في س: أكثر.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: وقد.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: المجنون.
(٨) سقط في س.
(٩) في س: ليكن.
(١٠) في س: الجنس.
(١١) في س: أبخس.
(١٢) في س: الآخر.
(١٣) في س: حال.
(١٤) في س: له.
(١٥) زاد في س: ما.
(١٦) في س: المرض.
(١٧) في س: يتأتى.

فإنها حينئذ تتحقق، وإنما يؤمر بالمبادرة إلى الفسخ بعد تحقق العيب.

والمعنى بكونه على الفور: أن المطالبة والرفع إلى الحاكم يكون على الفور؛ هذا هو المشهور من المذهب.

وعن الشيخ أبي علي: أن من الأصحاب من أجرى فيه قولين آخرين؛ كما في خيار العتق، وهو الذي اختاره الإمام عند الكلام في خيار العتق.

والفرق على المشهور: أن الأمة تحتاج إلى النظر والتروي، وهنا تحقق النقصان بالاطلاع على العيب؛ فلا تحتاج إلى مهلة النظر.

فرع: لو قال: علمت عيب صاحبي، ولكني لم أعلم أن العيب يثبت الخيار، ففيه طريقان:

أشبههما: أنه على القولين في نظيره من خيار[(١)] العتق.

والثاني: القطع بأنه لا يعذر[(٢)].

والفرق: أن الخيار بالعيب مشهور في جنس العقود، وخيار العتق بخلافه.

[فرع][(٣)] آخر: إذا عرف الرجل حالة العقد بالعيب، ورضي به، فهل له المخاصمة أم لا؟ خرجه في التتمة على القولين فيما إذا رضيت المرأة بعنة الزوج، ثم أبانها، ثم جدد نكاحها:

القديم: أنه ليس لها المخاصمة.

والجديد: خلافه، والله أعلم.

قال: ولا يجوز إلا بالحاكم؛ لأنه مجتهد فيه، فأشبه الفسخ بالإعسار[(٤)] وفي غير العنة وجه: أنه يجوز لكل واحد منهما الانفراد بالفسخ، إذا اتفقا على العيب؛ كفسخ المبيع بالعيب؛ وهذا ما رجحه الإمام.

فعلى الأول: الحاكم بالخيار بين أن يفسخ بنفسه، وبين أن يأمرها بالفسخ؛ هكذا قاله ابن الصباغ.

وقال القفال: المرأة بعد الرفع إلى الحاكم بالخيار بين أن تفسخ بنفسها وبين أن تفسخ بإذنها[(٥)].

---

(١) في د: يختار.

(٢) في س: آخر.

(٣) سقط في س، د.

(٤) في د: بالاعتبار.

(٥) في س: بأمرها.

وفي الذخائر: أن من أصحابنا من قال: لا يتولى ذلك إلا الحاكم[(١)].

قال في التهذيب: وعلى الوجهين لو أخر إلى أن يأتي الحاكم، و[(٢)] يفسخ بحضرته، يجوز[(٣)].

قال: **ومتى وقع الفسخ، فإن كان قبل الدخول، سقط المهر**، أي: سواء كان العيب مقارنًا، أو حادثًا، وسواء كان الزوج هو الفاسخ بعيبها أو الزوجة[(٤)] بعيبه؛ إذ مقتضى الفسخ ترادُّ العوضين.

وفي النهاية في آخر باب العنة: أن صاحب التقريب نقل عن الإصطخري قولين في أن الفسخ بالعنة هل يشطر المهر، أو لا يسقط[(٥)] منه شيئًا؟ قال: وهو مزيف، ولولا أنه نقل[(٦)] ذلك عن إتقان[(٧)] وثبت، لما استجزت حكايته.

فإن قيل: لِمَ جعلتم العيب فيها منزلة فسخها؛ لكونها[(٨)] سبب الفسخ، ولم تجعلوا العيب فيه بمنزلة فسخه؟

فالجواب: أنه بذل العوض في مقابلة منافعها، فإذا كانت معيبة، كان الفسخ من مقتضى العقد، إذ لم يسلم له حقه؛ فكان كالبيع، والمرأة لم تبذل شيئًا في مقابلة منافعه، والعوض الذي ملكته سليم؛ فكان مقتضاه أن لا فسخ، لكن الشرع أثبته؛ لأجل ما يلحقها من الضرر بصحبته، فإذا اختارت الفسخ لذلك، لزمها رد البدل؛ إذ ليس هو من مقتضى العقد؛ فأشبه ما إذا ارتدت.

قال: **وإن كان بعده**[(٩)]، **نظرت**: فإن كان بعيب حدث بعد الوطء، وجب المسمى؛ لأنه قد استقر [به][(١٠)]؛ فلا نغيره، وإن كان بعيب حدث قبل الوطء سقط المسمى، ووجب مهر المثل؛ لأنه قد استمتع بمعيبة، وهو إنما بذل المسمى على ظن السلامة، ولم تحصل؛ فكأن العقد جرى بلا تسمية، وهذا هو الأصح.

وقيل: يجب المسمى مطلقًا.

وقيل: يجب مهر المثل مطلقًا.

(١) في س: بالحاكم.
(٢) في س: أو.
(٣) زاد في د: له، وفي س: جاز.
(٤) في س: هي.
(٥) في د: يشطر.
(٦) زاد في س: عن.
(٧) في د، س: إيثاق.
(٨) في س: لكونه.
(٩) في التنبيه: بعد الدخول.
(١٠) سقط في س.

[قال مجلي: وهو الأشبه عندي، ونقل وجهًا رابعًا: أنه لا يجب شيء أصلاً، ثم قال][(١)]: وفيه نظر من حيث إنه يخلو الوطء عن بدل.

قلت: وما قاله له وجه إذا كان العيب حادثًا قبل الوطء[(٢)]؛ على قول الرجوع عليها بكمال المهر إذا غرته بنكاحها، وكان عيبها مقرونًا بالعقد، فكأنه جعل التمكين من الوطء مع وجود العيب - غرورًا، أما إذا كان العيب [حادثًا بعد الوطء فلا وجه له، ثم هذه الوجوه مفرعة على أنه إذا كان العيب][(٣)] مقارنًا للعقد[(٤)] يجب مهر المثل، وهو المنصوص.

أما إذا قلنا في المقارن: إن الواجب المسمى، وهو القول المخرج[(٥)] في الـ دة، فهنا أولى.

قال الأئمة: والقول المخرج قريب من القياس؛ فإن الفسخ [عندنا][(٦)] يستند إلى أصل العقد[(٧)].

وفي التتمة وجه: أنه إن فسخ الزوج بعيبها، فعليه مهر المثل، وإن فسخت هي بعيبه فالواجب المسمى.

والفرق: أنه إذا كان العيب بها، فالزوج يقول: إنما[(٨)] بذلت العوض، ليسلم إلى المعوض[(٩)] على الدوام سليمًا، فإذا لم يسلم لا أبذله[(١٠)]، وأغرم ما فوت، وإذا كان العيب به، فقد سلمت ما يقابل العوض سليمًا، فيسلم لها العوض.

فرعان:

أحدهما: إذا فسخ النكاح بالعيب، ثم بان أنه لم يكن[(١١)] هناك عيب، هل يحكم ببطلان الفسخ، واستمرار النكاح؟ حكى الحناطي فيه وجهين.

الثاني: إذا اطلع أحد الزوجين على عيب الآخر، ومات الآخر قبل الفسخ، حكى الحناطي وجهين في أنه هل يفسخ بعد الموت؟

والظاهر: أنه لا يفسخ، ويتقرر المسمى بالموت، ولو طلق زوجته قبل الدخول،

---

(١) سقط في س.
(٢) زاد في د: بها، وفي س: بناء.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: بالعقد.
(٥) في س: من.
(٦) سقط في د، وزاد في س: لا.
(٧) في س: لا يرجع.
(٨) زاد في س: أنا.
(٩) في س: العرص.
(١٠) في س: أتركه.
(١١) زاد في س: ثم.

ثم اطلع على عيب بها، لم يسقط حقها من نصف المهر.

قال: وهل يرجع به - أي: بمهر المثل الذي غرمه - على من غَرَّمَهُ[١]؟ فيه قولان:

أحدهما - وهو القديم-: نعم؛ لما رويناه من قول عمر - رضي الله عنه - وكما يرجع بقيمة الولد المغرور بحرية أمه.

والثاني - وهو الجديد-: المنع؛ لأنه شرع في النكاح على أن يتقوم عليه البضع، فإذا استوفى منفعته، تقرر عليه عوضه؛ كما لو كان المبيع معيبًا، فأتلفه، ثم فسخ العقد، ورأى الإمام ترتيب القولين [هاهنا على القولين في][٢] الرجوع عند التغرير بالحرية [على ما][٣] سنذكرهما.

فإن قلنا: لا[٤] [رجوع][٥] [ثَمَّ][٦]، فهاهنا أولى.

وإن قلنا بالرجوع هناك، فهاهنا قولان.

ووجه الترتيب: أن التغرير هناك بالاشتراط، وهاهنا لا اشتراط، بل غاية ما يعرض السكوت، والاشتراط أبلغ في التغرير.

أما إذا كان المغروم المسمى، قال في التتمة: لا رجوع به؛ لأن المسمى بدل ما ملك بالعقد، وسلم له، وهو الوطأة الأولى؛ فإن المسمى تقرر بها.

قال الرافعي: والأشبه ما في التهذيب - وهو التسوية بين أن يكون المغروم مهر المثل أو المسمى.

فإن قلنا بالرجوع، فإن كان التغرير والتدليس منها دون الولي، فالرجوع عليها دون الولي، وفيما يرجع به وجهان، أو قولان:

أحدهما: جميع ما يغرم[٧].

والثاني: أنه يبقى لها أقل ما يصلح صداقًا؛ كي لا يخلو الوطء عن المهر؛ وهذا إذا دفع إليها، أما إذا لم يدفع إليها فلا معنى للأخذ منها، ثم الدفع إليها، لكن [بناء عليه][٨] هل نقول: وجب، ثم سقط؟ أو نقول: ما وجب أصلاً؟ فيه

---

(١) في س: غرة.
(٢) سقط في د.
(٣) في س: كما.
(٤) زاد في د: يرجح، وزاد في س: ثَمَّ.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: غرم.
(٨) سقط في س، د.

تردد للأصحاب؛ بناء على التردد في تزويج [السيد أمته][1] من عبده، وفيه وجهان؛ هكذا حكاه في الذخائر.

وصور في التتمة التغرير منها بأن خطب الزوج إليها، فلم يتعرض لما بها[2] من العيب والتمست من الولي تزويجها منه، وأظهرت أن الزوج عرف حالها.

وصوره[3] أبو الفرج الزاز بما إذا عقدت بنفسها، وحكم حاكم بصحته.

وإن كان التغرير من الولي، بأن خطب إليه، فأجابه إلى التزويج، وهو مجبر، أو غير مجبر، فاستأذنها، ولم يظهر للخاطب ما بها، فإن كان عالمًا بالعيب، رجع عليه بجميع ما غرمه.

ومنهم من قال: فيه قولان، كالرجوع على المرأة، حكاه في الذخائر.

وإن كان جاهلاً، نظر: فإن[4] كان محرمًا لها، رجع عليه؛ لتقصيره بترك[5] البحث.

وإن كان لها غير محرم: كابن العم، والمعتوق، والحاكم - فلا رجوع عليه عند العراقيين، وعند الخراسانيين في الرجوع وجهان.

فإن قلنا: لا رجوع عند الجهل، فحينئذٍ يكون الرجوع على المرأة.

وفيه وجه: أنه لا رجوع على الولي إلا إذا كان مجبرًا.

وإن غره جماعة من الأولياء، فالرجوع عليهم، فإن جهل بعضهم، وقلنا: لا رجوع على من جهل، رجع على من علم.

وإن وجد التغرير منها ومن الولي فهل يرجع عليها دونه، أو عليهما نصفين؟ فيه وجهان في التتمة.

وإن غرت المرأة الولي، والولي الزوج، رجع كل منهما على من غره.

قال الرافعي: ولم يتعرضوا لما إذا كانت جاهلة بعيب نفسها، ولا يبعد أن يجري الخلاف [فيه][6].

واعلم أن محل القولين في أصل المسألة ما إذا كان العيب مقارنًا للعقد، أما إذا حدث بعد العقد، فلا رجوع [بالمهر][7] على الولي بحال؛ لأنه [ليس منه

---

(١) في د: السيدات.
(٢) في س: لها.
(٣) في س: صور.
(٤) في س: إن.
(٥) في د: بقول.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في س.

تدليس[(١)]، وأما على المرأة، فقد تقدم الكلام فيه [وإطلاق الشيخ][(٢)] يفهم خلاف ذلك، من حيث إنه لم يذكر العيب المقارن في التفصيل، فليتأمل.

قال: وليس لولي الحرة، ولا لسيد الأمة، ولا لولي الطفل [أن يزوج][(٣)] المولى عليه ممن به هذه العيوب؛ لأن النفس تعاف صحبته، ويختل[(٤)] بها مقصود النكاح.

واستثنى صاحب التهذيب من العيوب العنة؛ لأنها لا تتحقق.

وهذا إذا لم يكن بالمولى عليه مثلها أو كان به، وقلنا: له الخيار.

أما إذا قلنا: لا خيار [له][(٥)]، فله التزويج منه.

وفي النهاية: أن بعض أئمة الخلاف قال: الأمة مجبرة على التزويج ممن به هذه العيوب، ولا خيار لها، ثم قال: وهذا لا يعتد به من المذهب.

وحيث قلنا: لا يجوز، فلو خالف وزوج[(٦)] منه، كان الحكم [فيه][(٧)] كما لو زوج المرأة من غير كفءٍ بغير إذنها، وفي صحته خلاف.

وإذا صح، فالكلام في الخيار كالكلام[(٨)] فيه [ثم][(٩)].

ولو قبل له نكاح امرأة عمياء، ففي كتاب ابن كج إثبات الخلاف فيه.

ونقل في التهذيب إجراءه فيما لو قبل له نكاح عجوزٍ أو مفقودة بعض الأطراف.

قال الرافعي: ويجب أن يكون في تزويج الصغيرة من الأعمى، والأقطع، والشيخ الهِمِّ مثل هذا الخلاف.

قلت: قد حكى عند الكلام في الكفاءة [عن القاضي][(١٠)]: أن العمى، والقطع، وتشوه الصورة يمنع الكفاءة، وأن بعض الأصحاب قال به، واختاره الصيمري، وإذا كان كذلك فهي عين[(١١)] المسألة؛ إذ الولي ليس له أن يزوج من غير كفء.

فرع: يجوز بيع الأمة ممن[(١٢)] به هذه العيوب؛ لأنه لا حق لها في الاستمتاع

(١) في د: لابد له منه.
(٢) في د: والخلاف إليه.
(٣) في س: تزويج.
(٤) في د: يجهل.
(٥) سقط في د.
(٦) في س: تزوج.
(٧) سقط في س.
(٨) في س: مثل الكلام.
(٩) سقط في س.
(١٠) سقط في س.
(١١) في س: غير.
(١٢) في س: بمن.

بالملك، بخلاف النكاح.

نعم، لها منعه[(١)] من وطئها على أحد الوجهين.

قال: فإن أرادت الحرة أن تتزوج بمجنون، كان للولي منعها؛ لما فيه من العار.

وإن أرادت أن تتزوج بمجبوب أو عنين، لم يكن له منعها؛ إذ لا ضرر في ذلك يلحق الأولياء.

فإن قيل: العنة لا تثبت إلا بعد العقد، فكيف تكون[(٢)] صورتها؟

قيل: يمكن أن تكون صورتها: ما إذا تزوجها، وعنَّ عنها، ثم طلقها، وأراد[(٣)] تجديد نكاحها.

قال: وإن أرادت أن تتزوج بمجذوم، أو أبرص، فقد قيل: له منعها؛ لأن هذا يتعدى إلى النسل، فيلحقه العار.

وقيل: ليس له منعها؛ كما لو أرادت أن تتزوج بمجنون، وقد تقدم [ذكر ما قيل][(٤)] في ذلك.

قال: وإن حدث[(٥)] العيب بالزوج، ورضيت به المرأة، لم يجبرها الولي على الفسخ؛ لأن حقه في الكفاءة إنما يراعى في الابتداء دون الدوام، ألا ترى أن المرأة لو رغبت في نكاح عبد، كان للولي [منعها، ولو عتقت تحت عبد، ورضيت بالمقام معه، لم يكن للولي][(٦)] الفسخ؟!

وفي المحيط: أن للولي حق الاعتراض في مسألة الاستشهاد، ومقتضاه: أن يطرد في المسألة الأخرى.

قال: وإن اختلف الزوجان في التعنين، فادعته المرأة، وأنكر الزوج، فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الظاهر سلامته، وسلامة العقد، فإن حلف لم يطالب بتحقيق ما يقوله بالوطء، وامتنع الفسخ إلا أن تقيم بينة على إقراره بالعنة، وهل لها أن تطالبه بوطأة واحدة؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا؛ لأن الاستمتاع حقه؛ فلا يجبر على استيفائه[(٧)].

---

(١) في س: منفعة.
(٢) في س: يتصور.
(٣) في س: ثم أراد.
(٤) في س: ذكرنا.
(٥) في س: وجدت.
(٦) سقط في د.
(٧) في س: التسليط.

والثاني: نعم.

وفي مجموع ابن القطان: أن أبا سعيد ذهب إليه، وذُكر في توجيهه معنيان:

أحدهما: استقرار المهر.

والثاني: حصول الاستمتاع؛ لأن النكاح شرع؛ لإعفاف الزوجين، وإليه الإشارة بقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

وفي سلسلة الشيخ أبي محمد: أن الوجهين مبنيان على القولين فيما إذا تزوج امرأة بشرط ألا يطأها، هل يصح النكاح؟

إن قلنا: لا يصح، وجبت وطأة واحدة.

وإن قلنا: يصح، لم يجب.

وعلى المعنيين[١] يخرج طلب سيد الأمة وطأها[٢] و بعد البراءة من الصداق

وإذا قلنا بالوجوب فلا إرهاق إلى الوطء، بل يمهل حتى يستعد له على العادة.

قال الإمام: وكان يليق أن يمهل مدة الإيلاء، إذا قلنا: إن الطلب للاستمتاع، [وإن أصر على الاسناع][٣] من غير عذر، حبس، ولم يستبعد الإمام أن يخرج من الإيلاء: أن القاضي يطلق عليه، ولكن لم يخرجوه.

وإن نكل عن اليمين، ردت اليمين على المرأة، ولها أن تحلف إذا بانت لها عنته بقرائن الأحوال، وطول الممارسة، كما إذا ادعت: أنه نوى الطلاق ببعض الكنايات[٤]، أو نوى القذف عند وجود الكناية، وأنكر، ونكل.

[فلو لم تحلف][٥]، قال ابن يونس: فيه وجهان:

أحدهما: أن القول قوله.

والثاني: يجعل[٦] القول قولها.

وفيما قاله نظر؛ فليتأمل.

وقال أبو إسحاق: لا ترد اليمين عليها، لأن الامتناع قد يكون لعجزه، وقد يكون لغيره، ولا اطلاع لها عليه؛ ولذلك لا تسمع الشهادة على نفس العنة.

---

(١) في س: العنين.
(٢) في س: وطئها.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: الطلاقات.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: أن.

وعلى[(١)] هذا فعن الإصطخري: أنه يقضى عليه بالنكول، وتضرب المدة.

وقيل: لا تثبت العنة إلا بإقراره فحسب[(٢)].

وحكى أبو الفرج: أن تحليف الزوج لا يشرع[(٣)] أصلا؛ بناء على أن اليمين لا ترد عليها.

قال: فإن أقر بالتعنين أجل سنة؛ لما روي أن ابن عمر - رضي الله عنه - أجل العنين سنة[(٤)].

قال الإمام: وأجمع المسلمون على اتباع قضائه في قاعدة العنة.

[ولأن][(٥)] تعذر الجماع قد يكون لعارض حرارة؛ فتزول في الشتاء، أو برودة؛ فتزول في الصيف، أو يبوسة؛ فتزول في الربيع، أو رطوبة، فتزول في الخريف، فإذا مضت السنة، ولا إصابة، علمنا أنه عجز خلقي.

قلت: وهذا التعليل يتخذ شبه ما إذا عنَّ عن امرأة دون أخرى، أو [عنَّ عن الثاني دون غيره][(٦)]، فإن الحكم ثابت، فلو كان للفصل أثر، لأثر مطلقًا.

قال[(٧)]: من يوم المرافعة، وضرب القاضي؛ لأنه مختلف فيه، فافتقر إلى حكم الحاكم، بخلاف مدة الإيلاء؛ لأنها منصوص عليها.

وضرب القاضي المدة يكون بعد طلبها، فلو سكتت فلا تُضرَب. نعم، إن حمل القاضي سكوتها على دهش أو جهل، فلا بأس بتنبيهها[(٨)].

ولا فرق في المدة بين الحر والعبد؛ لأنها مشروعة لأمر يتعلق بالطبع والجبلة، فأشبهت مدة الحيض والرضاع.

قال: **فإن جامعها، وأدناه أن يغيب الحشفة في الفرج**، أي: سواء كان ذلك بنفسه، أو بيدها، أو بيده - كما حكاه الفوراني - سقطت المدة؛ لأن أحكام الوطء تتعلق بذلك، ولا تتعلق بما دونه: كالتحليل، والتحصين، والحد في محله، ووجوب الكفارة، والغسل[(٩)]، وتحريم المصاهرة، وسقوط المطالبة بالفيئة [في

---

(١) في س: وعنه.
(٢) في د: تجب.
(٣) في س: يسوغ.
(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣/ ٥٠٤) برقم (١٦٥٠٢).
(٥) في س: لأن.
(٦) في س: عجز عن المأتى دون آخره.
(٧) بياض في س.
(٨) في س: بها.
(٩) في س: ووجوب الغسل.

الإيلاء][1]، وكذا فساد العبادة؛ على الأصح، أعني: فيما دونه.

قال الإمام: وهذا [أصل لا استثناء][2] فيه، والأصل فيه بعد الاتباع: أنها الآلة الحساسة، وبها الالتذاذ؛ ولهذا سماها رسول الله ﷺ: العسيلة في الحديث[3].

ومعنى التغييب: أن يشتمل الشفران وملتقاهما على الحشفة.

ولو انعكس الشفران، وانقلبا إلى الباطن، وكانت الحشفة لا [تلقى إلا ما][4] انعكس من البشرة الظاهرة - فهذا فيه تردد.

وقال في التهذيب: إن أقل ما يزول به حكم العنة إن كانت بكرًا: أن يفتضها بآلة الافتضاض، وان كانت ثيبًا: أن يغيب الحشفة.

---

(١) سقط في د، س.
(٢) في س: الأصل لا استثناء.
(٣) أخرجه مالك (٢/ ٥٣١) كتاب النكاح، باب: نكاح المحلل وما أشبهه، حديث (١٧) من طريق المسور بن رفاعة القرظي عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير؛ أن رفاعة بن سموأل طلق امرأته.
ومن طريق مالك أخرجه الشافعي في الأم (٥/ ٢٤٨) باب نكاح المطلقة ثلاثا، وابن حبان (١٣٢٣ - موارد)، والبيهقي (٧/ ٣٧٥) كتاب الرجعة، باب: نكاح المطلقة ثلاثًا.
قال السيوطي في تنوير الحوالك (٢/ ٦) قال ابن عبد البر: كذا لأكثر الرواة مرسل، ووصله ابن وهب عن مالك فقال عن أبيه، وابن وهب من أجل من روى عن مالك هذا الشأن وأثبتهم فيه.
وتابعه أيضًا ابن القاسم وعلي بن زياد وإبراهيم بن طهمان وعبيد الله بن عبد المجيد الحنفي، كلهم عن مالك وقالوا فيه: عن أبيه وهو صاحب القصة. ا هـ.
ومن طريق ابن وهب:
أخرجه ابن الجارود (٦٨٢)، والبيهقي (٧/ ٣٧٥) كتاب الرجعة، باب: نكاح المطلقة ثلاثًا. وأخرجه البزار (٢/ ١٩٤ - كشف) رقم (١٥٠٤) من طريق عبيد الله بن عبد المجيد الحنفى: ثنا مالك بن أنس عن المسور بن رفاعة عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير عن أبيه.
قال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/ ٣٤٣): رواه البزار والطبراني، ورجالهما ثقات، وقد رواه مالك في الموطأ مرسلا، وهو هنا متصل. اهـ.
وقد ورد هذا الحديث موصولاً من حديث عائشة:
أخرجه البخاري (٥/ ٢٤٩) كتاب الشهادات، باب: شهادة المختبئ، حديث (٢٦٣٩)، ومسلم (٢/ ١٠٥٥، ١٠٥٦) كتاب النكاح، باب: لا تحل المطلقة ثلاثًا لمطلقها حتى تنكح زوجًا غيره، حديث (١١١/ ١٤٣٣) من طريق الزهري عن عروة عن عائشة قالت: جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي ﷺ فقالت: كنت عند رفاعة فطلقني فبت طلاقي فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير، وإنما معه مثل هدبة الثوب. فقال: «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك».
وللحديث طرق أخرى عن عائشة.
وفي الباب عن ابن عمر، وعبد الله بن عباس، وأنس بن مالك، والفضل بن عباس رضي الله عنهم.
(٤) في س: لا يكفي إلا بما.

قال الرافعي: وهذا يدل على أن[1] الافتضاض لا يحصل بتغييب الحشفة.

ومن جب بعض ذكره، فغيب من الباقي قدر الحشفة، فهو[2] كتغييب السليم الحشفة.

ومنهم من اعتبر تغييب الكل، وهو ظاهر لفظ المختصر، وقال في المهذب[3]: إنه المذهب

قال الرافعي: والأول أظهر.

وإن مضت السنة، ولم يصبها، لم ينفسخ النكاح، ولم يكن لها أن تفسخه، بل ترفعه ثانيًا إلى القاضي.

وعن الإصطخري: أن لها الفسخ بعد مضي المدة، ويكفي ضرب المدة من جهة القاضي، والمشهور الأول.

وادعى الإمام فيه عدم الاختلاف[4].

فإذا رفعت الأمر إلى القاضي، وتبين بإقرار الزوج: أنه لم يصبها في المدة المضروبة، فقد جاز الفسخ، فإن استمهل ثلاثًا، هل يمهل؟ فيه الخلاف المذكور في الإيلاء.

وفي استقلالها بالفسخ وجهان:

أقربهما - وذكر في التتمة أنه المذهب-: الاستقلال؛ كما يستقل بفسخ [المبيع بالعيب][5] إذا تنازعا فيه وثبت عند الحاكم.

والثاني - وهو مذهب العراقيين-: أن الفسخ إلى الحاكم؛ لأنه محل النظر والاجتهاد؛ فيفسخ بنفسه أو يأمرها [بالفسخ][6].

وإذا قلنا: [لها أن][7] تفسخ بنفسها، فهل يكفي لنفوذ الفسخ إقرار الزوج، أم لا بد من قول القاضي: ثبتت العنة؛ أو ثبت حق الفسخ، فاختاري؟ فيه وجهان، أشبههما: الثاني، وهو الحكاية عن القاضي الحسين.

فرع: إذا اختارت الفسخ، [ولم][8] يقل الحاكم: نفذته، ثم رجعت، هل يصح

---

(١) في س: وهذا يدل على.
(٢) في س: وهو.
(٣) في س: التهذيب.
(٤) في س: اختلاف الأصحاب.
(٥) في س: المعيب.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: إنها.
(٨) سقط في س.

الرجوع، ويبطل الفسخ؟ فيه وجهان منقولان في «المجموع» لأبي الحسين بن القطان، والأشبه: المنع.

واعلم: أن المدة إنما تحسب إذا لم تنعزل عنه، فإن انعزلت لم تحسب، وكذا لو مرضت. وحبسها يمنع[١] الاحتساب أيضًا، ومرضه وحبسه لا يمنع، وفي سفره وجهان:

أظهرهما: أنه لا يمنع، وأبداهما الإمام ترددًا.

وإذا عرض ما يمنع الاحتساب وزال، قال الرافعي: القياس أن تستأنف السنة[٢]، أو ينتظر مضي ذلك الفصل من السنة الأخرى.

وقد تأخر من المباحث التي تتعلق بتغييب الحشفة نبذة، لم نذكرها هنا؛ خشية الإطالة، فلتطلب من باب الرجعة والإيلاء.

قال: فإن ادعى أنه وطئها - أي: [إما بعد المدة][٣]، أو فيها [وهي ثيّب][٤] - فالقول قوله مع يمينه - أي: وإن كان الأصل عدمه - لأنه يتعذر إقامة البينة عليه، والأصل سلامة الشخص، ودوام النكاح، فإن نكل عن اليمين، ردت على المرأة.

قال الرافعي: وفيه الخلاف الذي سبق.

قلت: لا وجه له هنا؛ لأن من قال بعدم الرد ثَمَّ علله[٥] بعدم الاطلاع على العنة وخفائها، وهي هنا تعلم عدم الوطء؛ فانتفت علة المنع.

قال: وإن كانت بكرًا - أي: بعد دعواه الوطء، بأن شهد بذلك أربع من القوابل - فالقول قولها مع يمينها؛ لأن الظاهر معها.

وقال الجيلي في معرفة البكارة: إنها تدخل بيضة فيها[٦] وإحراق الكمون تحتها؛ إذ يتقاطر الماء إن كانت بكرًا، ولا يتقاطر إذا كانت ثيبًا، وإنما حلفناها؛ لاحتمال الزوال والعود؛ لعدم المبالغة في الوطء، وهذا ما ذهب إليه أبو علي في «الإفصاح»، وأبو الحسين في «المجموع»، والقاضي ابن كج في «شرحه»، والإمام ومن تابعه.

وذهب جماعة من الأصحاب - تعريضًا وتصريحًا-: إلى أنه إذا شهد أربع من

---

(١) في س: حبست منع.
(٢) في س: سنة.
(٣) في س: انقضاء العدة.
(٤) سقط في س.
(٥) في د: علل.
(٦) في س: معها.

القوابل على أنها بكر يحكم[(١)] بعدم الإصابة، ولا حاجة إلى تحليفها، وتكفي البكارة دليلًا على تصديقها.

نعم: إن طلب تحليفها لدعواه: أنه لم يبالغ وأن البكارة عادت، فله ذلك.

وهذا ما دل عليه كلام الشيخ في «المهذب».

وإذا حلفت بعد دعواه أو دونها، فتحلف على أنه لم يصبها، أو على أن بكارتها هي البكارة الأصلية [ولها حق الفسخ][(٢)].

وإن نكلت، حلف الزوج، وبطل الخيار.

فإن نكل - أيضًا - ففيه وجهان:

أصحهما: أن لها الفسخ[(٣)] ويكون نكوله كحلفها؛ لأن الظاهر أن بكارتها هي البكارة الأصلية.

والثاني: المنع؛ لأن مقالها محتمل، والأصل دوام النكاح.

قلت: وعلى ما قاله في «التهذيب» ينبغي أن يبقى طلبها وإن اعترفت بالوطء إذا لم يحصل الافتضاض[(٤)].

قال: **وإن اختارت المقام معه قبل انقضاء الأجل**، وكذا قبل ضرب المدة، لم يسقط خيارها على المنصوص؛ لأنها رضيت بإسقاط حقها قبل ثبوته، فلم يسقط، كالعفو عن الشفعة قبل البيع.

وفيه قول آخر - وينسب إلى القديم-: أنه يسقط؛ لأنها تزعم العلم بالعيب.

والمقام: مضموم الميم.

ولو فسخت النكاح، أو طلقها طلاقًا بائنًا، ثم جدد نكاحها، ثبت لها حق الفسخ على أصح القولين؛ لأنه نكاح جديد؛ فتوفر عليه حكمه، وتضرب المدة ثانيًا.

وبنى [جماعة][(٥)] القولين على قولي[(٦)] عود الحنث، وضعفه الإمام؛ بأنه لا خلاف أنه لا بد من ضرب المدة، ولو كانت مبنية على [عود][(٧)] الحنث،

---

(١) في س: فحكم.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: تفسخ.
(٤) في س: الإقباض.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: دعواه.
(٧) سقط في س.

لاكتفى بالمدة المضروبة في النكاح الأول.

وأجرى صاحب «الشامل» وغيره القولين فيما إذا نكح امرأة ابتداء، وأعلمها أنه عنين.

وفي «التهذيب» حكاية[1] طريقين فيما إذا نكح امرأة ابتداء، وهي تعلم أنه حكم[2] بعنته في حق امرأة أخرى:

أحدهما: إجراء القولين.

والثاني: القطع بثبوت الخيار؛ لأنه قد يعجز عن امرأة، ويقدر على أخرى، وهذا ما حكاه الماوردي[3] في النفقات عن الشافعي لا غير.

أما إذا اختارت المقام بعد انقضاء المدة والتخيير، سقط حقها، ولا رجوع لها [إليه][4]، بخلاف الإيلاء، [والإعسار بالنفقة][5]؛ لأن [الضرر][6] يتجدد، والعنة عيب واحد، لا يتوقع إزالتها إذا تحققت.

قال: **وإن جب بعض ذكره، وبقي ما يمكن[7] الجماع به، فادَّعى أنه يمكنه الجماع[8]، وأنكرت المرأة** - [أي][9]: قالت: به ضعف يمنعه من الوطء - فقد قيل: القول قوله، وهو الذي ذهب إليه أكثر الأصحاب؛ كما لو كان ذكره قصيرًا.

وقيل: القول قولها، وهو قول أبي إسحاق المروزي، أي: مع يمينها؛ لأن الذكر إذا جب بعضه ضعف؛ فكان الظاهر معها.

قال الإمام: وهذا ليس بشيء، ولعل المروزي يقول هذا عند استئصال الحشفة، فإذا قطعت قطعة منها فما أراه يقول ما حكي عنه.

والخلاف في الخصي إذا قلنا: [إنه][10] لا يثبت الخيار [أو قلنا به، ورضيت، ثم ادعت عجزه عن الوطء - كالخلاف في المجبوب.

وإذا ثبت عجزه باعترافه أو بيمينها مع نكوله، فهو كالسليم إذا عجز، تضرب له المدة.

---

(١) في س: حكى.
(٢) سقط في س.
(٣) زاد في س: عن الشافعي لا غير في كتاب.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: الاعتبار الضرر.
(٦) سقط في د.
(٧) في س: يمكنه.
(٨) زاد في س: به.
(٩) سقط في س.
(١٠) سقط في س.

وعن الشيخ أبي حامد: أنه يثبت الخيار[(١)] في الحال؛ لأن العيب متحقق[(٢)]، والظاهر دوام العجز.

قال: وإن اختلفا في القدر الباقي، هل يمكن الجماع به [أو لا][(٣)]؟ فالقول قول المرأة، وهو الذي ذكره الأكثرون؛ لزوال أصل السلامة.

وقال ابن الصباغ: ينبغي أن يرى أهل الخبرة؛ ليعرفوا قدره، ويخبروا عن الحال، كما لو ادعت أنه مجبوب، وأنكر.

وقال الرافعي - حكاية عن المتولي-: إنه الصحيح.

فروع:

[**الأول:**][(٤)] امرأة الصبي والمجنون إذا ادعت العنة، لم تسمع، ولم تضرب المدة؛ لأن الصبي لا يجامع؛ لصغره غالبًا، ولأن [بيان][(٥)] الفسخ يعتمد إقرار الزوج بالعنة، أو نكوله على الأصح مع يمينها، ولا اعتبار بقولها[(٦)].

ولأن الصبي ربما يدعي الإصابة بعد البلوغ، والمجنون بعد الإفاقة.

وحكى الحناطي وجهًا: أن المراهق الذي يتأتى منه الجماع تسمع دعوى العنة عليه، وتضرب له المدة، وبه قال المزني، وهو ضعيف.

ولو جن الزوج في أثناء السنة، ومضت[(٧)] السنة وهو مجنون، فطلبت الفرقة - لم تجب إليها؛ لأنه لا يصح منه الإقرار.

قلت: وعلى ما قاله الإصطخري: إنها تفسخ بعد مضي المدة من غير مراجعة[(٨)] الحاكم وإقراره، ينبغي أن تفسخ، اللهم إلا أن يقال: العاقل بصدد أن يبادر إلى دعوى الوطء في المدة، فإذا لم يبادر غلب على الظن عدم وطئه، وهذا المعنى مفقود في المجنون.

الثاني: إذا مضت السنة فقالت: أجلته شهرًا، أو سنة أخرى - ذكر بعض الأصحاب، منهم أبو الحسين بن القطان-: أن لها ذلك، ولها أن تعود إلى الفسخ متى شاءت.

---

(١) سقط في د.
(٢) في س: محقق.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: بكونها.
(٧) في س: انقضت.
(٨) في س: مرافعه.

والصحيح: أنه يبطل[١] حقها بهذا التأخير؛ لأنه على الفور.

الثالث: لو ادعت عجزه بعد مضي السنة، وادعى الزوج أنها امتنعت ولم تطاوعه، فإن كان لأحدهما بينة قضى بها، وإلا فالقول قول الزوج؛ لأن الأصل دوام النكاح.

فإذا حلف ضرب القاضي المدة ثانيًا، وأسكنها في جوار قوم [ثقات][٢] يتفقدون حالها، فإذا مضت السنة، اعتبر القاضي قول الثقات.

قال: وإن تزوج امرأة، وشرط أنه حر، فخرج عبدًا - أي: وكان السيد قد أذن له في النكاح - [فهل يصح النكاح][٣]؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه باطل؛ لأن النكاح ليس بعقد مشاهدة، وإنما يعتمد على الأسماء والصفات؛ فيكون اختلاف الصفة فيه كاختلاف العين.

ولو اختلفت العين؛ بأن قالت: زوجني من زيد، فزوجها من عمرو[٤] - لم يصح، فكذلك هاهنا.

والثاني - وهو الصحيح، واختيار المزني-: يصح؛ لأن الخلف في الشرط لا يوجب فساد [البيع، مع أنه عرضة للفساد، فأولى ألا يوجب فساد][٥] النكاح، وهذا لأن المعقود عليه فيهما جميعًا عين معينة، وأنها لا تبدل بالخلف في الصفة.

قال الإمام: وقد يقال لموجه القول الأول: إنما كان يستقيم التعويل على الصفات لو كان يشترط ذكرها في النكاح، فإذا لم يشترط ذكرها، وكفى التعيين، فيبعد أن يؤثر الخلف في الإفساد.

وغاية الممكن في ذلك: أنا قد لا نشترط في [النكاح][٦] ذكر شيء، وإذا عرض ذكره اشترطناه، وهذا كما أنا لا نشترط في المبيع المشار إليه اسم جنسه، بل يكفي أن يقول: بعتك هذا، ولو وقع التعرُّض[٧] لذكر جنسه[٨]، فلا بد من الإصابة فيه عند بعض الأصحاب.

---

(١) في د: لا يبطل.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: غيره.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د.
(٧) في س: التعريض.
(٨) في د: جنس.

قلت: ومن هنا أخذ الغزالي وغيره تقريب الخلاف من الخلاف فيما إذا قال: بعتك هذه الرَّمَكة[(١)] فإذا هي نعجة، وإن كان الإمام قبل أن قال ذلك ذكره، وبعَّده بأن الرمكة[(٢)] لفظ يشعر بموصوف وصفات، وليس تعرضًا لصفة فحسب، فإذا خالف اللفظ بالكلية محل الإشارة، اتجه فيه خلاف على بُعْدٍ.

ويجري القولان في كل وصف شرط، ثم يتبين خلافه، سواء كان المشروط صفة كمالٍ[(٣)]: كالنسب، والطول، والجمال، والبكارة[(٤)]، والشباب؛ أو صفة نقص: كأضداد ذلك، أو كان مما لا يتعلق به كمال ولا نقص؛ هذا هو الظاهر.

وفي «شرح مختصر» الجويني: أنهما لا يجريان إلا في النسب، والحرية، وما يؤثر في الكفاءة، والله أعلم.

قال: ولها [الخيار، أي][(٥)]: إن كانت حرة، وكذا لوليها؛ لعدم الكفاءة، وإن كانت أمة فوجهان:

أحدهما: ثبوت الخيار؛ للغرور.

والثاني: المنع؛ لأنهما متكافئان.

وحكي عن أبي إسحاق والقاضي أبي الطيب طريقة قاطعة بثبوت الخيار.

ثم ذكر الإمام والمتولي ومجلي: أن الخيار إن ثبت، ثبت للسيد دون الأمة؛ لأن الضرر يرجع إليه في النفقة، بخلاف ما إذا خرج معيبًا؛ فإن الخيار لها؛ إذ الضرر يختص بها، ولأن [السيد له][(٦)] إجبارها على نكاح العبد؛ فثبوت الخيار لها ينافيه.

هذا إذا كان المشروط الحرية، فإن شرط غيرها[(٧)]، نظر:

فإن كان [نسبًا، فخرج خيرًا مما شرط فلا خيار، وإن بان دون المشروط: فإن كان دون][(٨)] نسبها يثبت لها الخيار، ولأوليائها إن رضيت؛ لعدم الكفاءة.

وإن كان مثل نسبها أو فوقه، فقولان:

أصحهما - على ما ذكر في «التهذيب»-: أنه لا خيار لها؛ لأنها لا تتعير به.

---

(١) في س: الكرمة.
(٢) في س: الكرمة.
(٣) في س: الكمال.
(٤) في س: اليسار.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: للسيد.
(٧) في س: فإن كان المشروط غيرها.
(٨) سقط في س.

والثاني: يثبت؛ للغرور، [ولأنها][(١)] طمعت في زيادة شرفه، وإن رضيت فلا خيار للأولياء؛ لأن الكفاءة حاصلة، والشرط لا يؤثر في حقهم.

وإن كان المشروط غير النسب، مثل: شرط[(٢)] الملاءة، والملاحة، والشباب، والطول، وأجناس ذلك، فخرج بخلاف ما شرط: فإن كان فوق ما شرط فلا خيار، وإن كان دونه فلها الخيار، وكذا ذكره في «التتمة».

فرع: إذا اختارت الفسخ بعد الدخول، وجب[(٣)] مهر المثل، فإن كان الزوج عبدًا، فهل يجب في كسبه، أو يتعلق برقبته، أو بذمته يتبع به إذا عَتَقَ؟ فيه ثلاثة أقوال.

قال: **وإن شرط أنها حرة، فخرجت أمة** - أي: والمزوج [وكيل][(٤)] السيد، وهو ممن يحل[(٥)] له نكاح الأمة - ففيه قولان:

أحدهما: أنه باطل.

والثاني: [أنه صحيح.

وتعليلهما ما ذكرنا، وهل له الخيار أم لا؟ فيه قولان:

أصحهما][(٦)]: أن له الخيار؛ لتضرره برقِّ أولاده ونقصان الاستمتاع؛ لأن السيد يستخدمها، ويسافر بها، وعدم التوارث بتقدير ألا يكون حرًّا.

والثاني: لا خيار له، أي: وإن قلنا: إن المرأة يثبت لها خيار الخلف؛ لإمكان الطلاق، وهذا ضعيف؛ لأنه يستفيد بالفسخ سقوط جميع الصداق إذا كان قبل الدخول.

ولأن هذا المعنى موجود فيها إذا كان بالزوجة عيب مقارن للعقد، ومع ذلك الخيار ثابت له.

وكذا الحكم فيما لو خرجت مكاتبة، أو أم ولد، أو[(٧)] بعضها رقيق.

ويجري القولان في صحة النكاح، والخلاف في ثبوت الخيار بتقدير الصحة - فيما إذا شرط نسبها، فخرجت دون ما شرط، ودون نسبه، وكذا إن كانت فوق نسبه، ودون ما شرط بالترتيب، وفيما إذا شرط أنها بيضاء، فكانت سوداء، أو أنها

---

(١) في س: لأنها.
(٢) في س: اشتراط.
(٣) زاد في س: لها.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: حل.
(٦) سقط في د.
(٧) في س: و.

مليحة، فكانت قبيحة، أو أنها طويلة، فخرجت قصيرة، أو أنها بكر، فخرجت ثيبًا، أو أنها مسلمة، فخرجت كتابية.

قال: وقيل: **إن كان الزوج عبدًا، فلا خيار له [قولاً واحدًا]**[(١)]، وهو قول أبي إسحاق، والصحيح[(٢)] في «التهذيب»؛ [على ما نقله][(٣)] قبل باب: «الكلام الذي ينعقد به النكاح»؛ لتكافئهما.

قال: **والأول أصح** - أي: من الطريقين - لما تقدم.

واعلم أن التغرير بالحرية [لا يتصور][(٤)] من سيد الأمة؛ لأنه متى وجد منه، عتقت، وصح النكاح قولاً واحدًا، ويتصور من وكيله - كما فرضناه[(٥)(٦)] - ومنها[(٧)]، ولا عبرة بقول من ليس بعاقد ولا معقود عليه.

وما قاله الجيلي من كونه يتصور من الولي بأن يقول: هي أختي - في غاية البعد؛ من حيث إن هذا القدر[(٨)] لا يدل على الحرية [قطعًا][(٩)]؛ [لجواز كونها رقيقة مع كونها أخته؛ فلا يكون ذلك من قبيل شرط الحرية][(١٠)].

نعم هذا القول[(١١)] إذا وجد، غلب على الظن أنها حرة؛ فيكون من قبيل ما إذا ظن حريتها من غير شرط، وسيأتي الكلام فيه، إن شاء الله تعالى[(١٢)].

فرع: خيار الغرور[(١٣)]، هل هو على الفور؟ فيه طريقان:

أشبههما: نعم، كخيار العيب.

---

(١) سقط في س.
(٢) زاد في س: ما نقله.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) قوله: واعلم أن التغرير بالحرية لا يتصور من سيد الأمة؛ لأنه متى وجد منه، عتقت. وصح النكاح قولًا واحدًا، ويتصور من وكيله؛ كما فرضناه. انتهى كلامه.
وما ادعاه من عدم تصوير التغرير من السيد سبقه إليه الرافعي في كتبه، وكذلك النووي أيضًا. وليس كما قالوه، بل يتصور في مسائل:
منها: ما لو كان اسمها حرة.
ومنها: ما لو أطلق عليها لفظ الحرة، وأراد به المشهور في العرف، وهو العفة عن الزنا؛ فإنها لا تعتق بذلك، وإن كان اللفظ صريحًا؛ لوجود الصارف عن معنى العتق إلى غيره.
ومنها: ما لو كان راهنًا وهو معسر، وقد أذن له المرتهن في زواجها، وفي معناها الأمة الجانية. [أ و].
(٦) في س: ما ذكرناه.
(٧) زاد في س: ومنهما.
(٨) في س: القدر.
(٩) سقط في س.
(١٠) سقط في س.
(١١) في س: الظن.
(١٢) زاد في س: إن شاء الله تعالى.
(١٣) في س: المغرور.

والثاني: أنه [على الأقوال في خيار][١] العتق.

فرع آخر: إذا أثبتنا الخيار، ينفرد بالفسخ من له الخيار، ولا يحتاج[٢] إلى الحاكم؛ قاله في «التهذيب».

قال الرافعي: لكن هذا الخيار مختلف فيه مع الاختلاف في فساد العقد، فهو يشبه فسخ النكاح بالعيب، والله - عز وجل - أعلم.

قال: **وإن كان قد دخل بها** - أي: قبل العلم - وقلنا: إن النكاح باطل، أو قلنا: إنه صحيح، وله الخيار، فاختار[٣] الفسخ، [لزمه][٤] مهر المثل؛ لأن العقد قد ارتفع بالفسخ، ومقتضى انفساخ العقود ترادّ العوضين، وهو قد استوفى منفعة البضع[٥]؛ فوجب[٦] بدلها، وهو مهر المثل؛ وهذا هو الأظهر والمنصوص.

وفيه قول مخرج: أن الواجب: المسمى، إذا فرعنا على الصحة.

ووجه نقله أبو الفرج في أماليه: أن الواجب أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل.

فرع: إذا كان المغرور عبدًا، فحيث يجب المسمى يتعلق[٧] بكسبه، ولوجوب المسمى تقديران:

أحدهما: أن يفرع على أن العقد صحيح، ولم يفسخ.

والثاني: أن يفسخ، ونقول بالمخرج، أو بالوجه الآخر إذا كان أقل.

وحيث يجب مهر المثل، فيتعلق بذمته أو بكسبه أو برقبته؟ فيه ثلاثة أقوال.

ولوجوب مهر المثل تقديران:

أحدهما: أن يحكم بفساد العقد، والأقوال - والحالة هذه - مبنية على أن إذن السيد في النكاح يتناول الصحيح والفاسد [منه][٨]، أو يختص بالصحيح؟ إن قلنا بالأول، فالمهر في كسبه، وإن قلنا بالثاني - وهو الأصح - فهذا نكاح جرى بغير إذن [السيد][٩]، جرى فيه دخول، ومهر المثل في هذا النكاح يكون في ذمة

---

(١) في س: كخيار.
(٢) في س: حاجة.
(٣) في س: فاختارت.
(٤) بياض في س.
(٥) في س: العضو.
(٦) زاد في س: رد.
(٧) في س: يجب في.
(٨) سقط في س.
(٩) سقط في د.

العبد أو يتعلق برقبته؟ فيه قولان:

أظهرهما: [هو][(١)] أولهما.

والثاني: أن يحكم بصحة العقد، وثبوت الخيار، ووجوب مهر المثل عند الفسخ؛ لأنا إذا أوجبنا مهر المثل، ألحقنا النكاح المفسوخ [بسبب][(٢)] مقارن للعقد بالنكاح الفاسد.

وكان الشيخ أبو محمد يقوي في هذا التصوير قول التعلق بالكسب؛ لأنه مهر واجب في نكاح صحيح مأذون فيه.

قال: **وهل يرجع به على من غره؟**[(٣)] **فيه قولان**، توجيههما قد تقدم في العيب، والتفصيل المذكور هناك جارٍ هاهنا؛ كذا قاله الرافعي.

أما إذا قلنا بالصحة، ولم يفسخ العقد، فالواجب المسمى، ولا رجوع فيه[(٤)].

هذا كله إذا كان الزوج حرًّا، فإن كان عبدًا، فإن قلنا: يتعلق بكسبه أو برقبته، كان للسيد الرجوع على الغارِّ.

وإن قلنا: يتعلق بذمته إلى أن يعتق، فالرجوع للعبد.

قال في «الذخائر»: كذا ذكره الشيخ أبو حامد الأسفراييني في «التعليق»، ولم يذكر في رجوعه بالمهر خلافًا، وينبغي أن يكون إذا قلنا: يثبت في ذمته، يكون في رجوعه القولان في الحر.

وإن قلنا: برقبته أو بكسبه، فإن قلنا: إذن السيد يتناول الصحيح والفاسد، كان في رجوعه القولان في الحر، وإن قلنا: لا يتعلق بالفاسد، رجع قولاً واحدًا. هذا آخر كلامه.

وما قاله الشيخ مجلي من البناء يحتاج إلى تأمل؛ وذلك لأن قول التعلق[(٥)] بالرقبة أو بالذمة مبني على عدم تناول الإذن للنكاح[(٦)] الفاسد، وقول التعلق بالكسب مبني على [عدم][(٧)] تناوله الفاسد مع الصحيح؛ كما تقدم في الفرع قبله، وإذا كان كذلك لم يحسن البناء.

---

(١) سقط في س.
(٢) سقط في د.
(٣) في س: غيره.
(٤) في س: به.
(٥) في س: التعليق.
(٦) في س: بالنكاح.
(٧) سقط في س.

قال: **وإن أتت بولد** - أي: لدون ستة أشهر من حين العلم - لزمه قيمته يوم الوضع، أما لزوم قيمته فلأن رق الأم يقتضي رق الأولاد؛ وهذا الولد انعقد حرًّا؛ لظنه الحرية؛ كما لو وطئ الحر أمة الغير ظانًّا أنها أمته، أو زوجته الحرة، فقد فوت رقَه بظنه، وهذا يناظر إيجاب الغرة على الجاني.

وحكى الحناطي قولا: أنه لا يجب قيمة الولد، وحكاه الإمام في فروع العتق احتمالًا للشيخ أبي علي؛ لأن الولد خلق حرًّا؛ فلم يثبت فيه [رق](1)، ثم لم ينسب إلى إزالة الرق، وإنما يجب الغرم لمالك الرق إذا فرضت جناية [فيما يثبت](2) ملكه فيه.

ثم قال الإمام: وهذا لا وقع له، والإجماع بخلافه.

وحكي عن الشيخ أبي علي أيضًا: [أن](3) من أصحابنا من ذهب إلى أن الولد يمسه الرق، ثم يعتق بسبب الغرور، وأنه غريب جدًّا لم يره لغيره.

وحكي عن الشيخ أبي علي أيضًا: أن الجارية لو كانت لأب المغرور لا يجب على المغرور قيمة الولد؛ فإن تقدير الرق في الولد(4) لا ينتفع به الأب؛ فإنه يعتق عليه لا محالة، فإذا لم يفت نسب(5) المغرور فينتفع به، وأما اعتبار القيمة يوم الوضع فلأنه أول إمكان التقويم.

وقول الشيخ: يوم الوضع يفهم أنها لو وضعته ميتا، لا يلزمه شيء؛ إذ لا قيمة له، كما صرح بمثله في البيع.

وهذا مفروض فيما إذا كان الوضع بغير جناية جانٍ.

وقد حُكِي فيما إذا وطئ الغاصب أو المشترى منه الجارية المغصوبة عن جهل بالتحريم في مثل هذه الصورة - وجهٌ: أنه تجب قيمته لو كان حيًّا، قال الرافعي: فليجر هنا.

أما إذا انفصل بجناية جان، فإن كان أجنبيًّا، يجب على عاقلة الجاني غرة الجنين، ويغرم المغرور عشر قيمة الأم للسيد، وإن زادت على قيمة الغرة؛ على الأظهر من الوجهين، وهو المنسوب إلى العراقيين في التهذيب، لأنه لو انفصل

---

(1) سقط في س.
(2) سقط في س.
(3) سقط في س.
(4) زاد في س: مما.
(5) في س: بسبب.

رقيقًا، والحالة هذه، لوجب على الجاني عشر قيمة الأم، فإذا فوت على السيد ذلك، فعليه غرمه؛ وهذا كما أنه يستحق قيمته عند انفصاله حيًّا وإن زادت على قدر الدية.

ويغرم على الوجه الثاني أقل الأمرين من عشر قيمة الأم، وما يسلم له بالوراثة من غرة الجنين؛ لأن الغرم إنما ترتب عليه بسبب ما يحصل[١] له من الغرة[٢]؛ فلا يزاد عليه.

وفيه وجه: أنه لا يغرم له شيئًا؛ لأنه لا قيمة للميت.

وأي وقت تعتبر فيه قيمة الأم؟ فيه وجهان:

أحدهما: يوم الجناية.

والثاني: يوم الانفصال، حكاهما الرافعي في التفويض.

وإذا قلنا: يغرم [أقل][٣] الأمرين، فإنما يغرم إذا أخذ ما سلم له بالوراثة.

وإن كان الجاني هو المغرور، فعلى عاقلته الغرة، ويجب على المغرور عشر قيمة الأم، إن قلنا: بوجوبه[٤] في المسألة الأولى، وإن قلنا: الواجب أقل الأمرين؛ فيتعلق حق السيد بالغرة؛ فيؤدي منها، وما فضل يكون للورثة.

وعلى التقديرين لا يرث المغرور شيئًا منها؛ لأنه قاتل.

وإن كان المغرور عبدًا، فالغرة تتعلق برقبته، ثم إن قلنا بالأول، سلمت الغرة للورثة، وحق السيد يتعلق بذمة المغرور.

وإن قلنا بالثاني قبض[٥] منها عشر قيمة الأم، فإن فضل شيء، سلم للورثة؛ هكذا قاله الرافعي.

قلت: وهو مفرع على أحد الأقوال في أن قيمة الولد تتعلق بالرقبة، وينبغي أن يكون الحكم كذلك، وإن قلنا: إنها تتعلق بالذمة أو بالكسب، كما سنذكره.

ولا فرق في حرية الولد بين أن يكون المغرور حرًّا أو عبدًا.

نعم: إن كان حرًّا، فالقيمة في ذمته، وإن كان عبدًا، ففي ذلك[٦] ثلاثة أقوال، ذكرها ابن الصباغ وغيره؛ كما قلنا في مهر المثل، والأصح منها التعلق بالذمة.

---

(١) في س: حصل.
(٢) في س: الغرم.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: برجوعه.
(٥) في س: قضى.
(٦) في س: متعلقها.

قال: **ويرجع بها**[١] **على من غره**، قال الإمام: إجماعًا، وقد نطق بذلك عمر -رضي الله عنه- ولأنه لم يدخل في العقد على أن يضمنها، بخلاف المهر على أحد القولين.

وعن ابن خيران، وابن الوكيل: أن في المسألة قولاً آخر أنه لا يرجع بقيمته؛ كما لا يرجع بالمهر.

وإذا قلنا بالرجوع بالمهر وقيمة الولد، فإن كان التغرير من الوكيل، فالرجوع عليه في الحال، وإن كان من الأمة، فعليها بعد العتق، ولا يتعلق الغرم بالكسب والرقبة.

وفيه وجه: أنه يتعلق بالرقبة.

وإن كان منهما؛ بأن ذكرا الحرية معًا، قال الرافعي: فالرجوع عليها[٢].

فإن قلت: ولم لا يخرج على الوجهين فيما إذا كان الغرور بالعيب من الزوجة والولي، فإن الغرم يختص بها على وجه[٣].

قلت: لأن في مسألة العيب هي مستحقة للمهر؛ فناسب أن يحال الغرور عليها؛ لقوة جانبها؛ بخلاف مسألتنا؛ فإن مستحق [المهر السيد][٤]؛ فهي والوكيل سيان.

ثم في كيفية الرجوع وجهان:

أحدهما - وبه قال أبو إسحاق، وهو الأقرب-: أنه يرجع بالنصف على الوكيل، وبالنصف عليها.

والثاني: أن له أن يرجع [بالكل على من شاء منهما، ويرجع][٥] المأخوذ منه بالنصف على الآخر؛ كذا قاله في التهذيب.

وقال الحناطي وغيره: لا يرجع واحد منهما على الآخر؛ لأن التغرير كامل من كل واحد منهما.

قلت: وينبغي أن يكون ما قيل هاهنا مذكورًا في مسألة الغرور بالعيب.

ولو ذكرت للزوج حريتها، ثم ذكرها الوكيل، فالرجوع عليها.

---

(١) في س: به.
(٢) في س: عليهما.
(٣) في س: قول.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في س.

وإن ذكرت للوكيل حريتها، فذكرها للزوج، رجع الزوج على الوكيل، والوكيل عليها، وفي [الصور كلها يكون][١] الرجوع بكمال المهر؛ لأنه للسيد وقد أخذه، وخرج الوطء عن صورة الإباحة؛ هذا كله إذا كان التغرير بالحرية.

فإن كان بالنسب، أو الإسلام، أو الملاحة، وغير ذلك مما ذكرناه، والزوجة هي الغارة، فلا مهر لها؛ إذ لا معنى [للدفع][٢] إليها والاسترداد منها، وهل يجب لها أقل ما يصلح مهرًا؟ فيه الخلاف المذكور في العيوب.

وإن كان من وليها، فحكمه حكم الوكيل، ولا فرق بين علمه وجهله إن كان التغرير بالنسب[٣].

وحكم غرور[٤] المكاتبة بالحرية حكم الحرة في المهر، وأما قيمة الولد منها، فإن قلت[٥]: إن ولد المكاتبة قن للسيد، فالقيمة له، ويرجع عليها بما في يدها، فإن عجزت، ثبت في ذمتها.

وإن قلنا: إن حكمه[٦] حكمها، فيبنى على أنه إذا قتل، فلمن تكون قيمته؟ وفيه قولان:

أحدهما: للسيد؛ فعلى هذا تكون للسيد.

والثاني: لها؛ تستعين بها في أداء النجوم؛ فعلى هذا لا رجوع لها بقيمة الولد؛ إذ لا معنى للدفع إليها ثم الاسترجاع منها. ثم الرجوع على الغار في الصور المذكورة مشروط بغرم[٧] المغرور؛ كما قلنا في الضامن.

قال الإمام: وقد ذكر في الضمان وجه: [أن له][٨] أن يغرِّمه قبل أن يغرم، فيجيء مثله هنا.

والظاهر: المنع، ويبنى على[٩] الغار بعد العتق.

أما إذا علقناه برقبته، أو بكسبه، وغرم، فيرجع السيد في الحال.

ولو أبرأته من الصداق أو بعضه، لم يرجع إلا بما غرم؛ على ما حكاه

---

(١) في س: الصور لها تكون.
(٢) سقط في س.
(٣) في د: بالشبه.
(٤) في د: غاور.
(٥) في س: قلنا.
(٦) في س: حكمها.
(٧) في س: بعدم.
(٨) سقط في س.
(٩) زاد في س: ذلك أن المغرور إذا كان عبدًا وعلقناه بذمتنا بإنما.

البغوي، وللمغرور مطالبة الغار بتخليصه؛ كما في الضمان.

واعلم أن الشرط إنما يؤثر إذا كان مقترنًا بالعقد، فلو تقدم على العقد، فالأصح أنه لاغ، وقد ذكر مثل [ذلك][١] في فصل التحليل.

قال الرافعي: وهذا الخلاف في فساد النكاح وثبوت الخيار، فأما في الرجوع على الغار بالمهر إذا قضينا به، فالتغرير السابق كالمقارن؛ هذا نقل صاحب الكتاب، وحققه الإمام، فقال: لا يشترط في تصوير التغرير دخول الشرط بين الإيجاب والقبول، ولا صدوره من العاقد؛ ألا ترى أنا نضمّن المكاتبة والأمة إذا كان التغرير منهما وليستا بعاقدين، ولكن بشرط اتصاله بالعقد[٢] من الغرور[٣] فهذا تغرير.

ولو لم يقصد بما قاله تغرير السامع، واتفق بعد أيام أنه زوجها ممن سمع، فليس ما جرى بتغرير.

وإن ذكره لا في معرض التحريض، وجرى العقد على الاتصال، أو ذكره في معرض التحريض، ولكن جرى العقد بعد زمان فاصل - ففي كونه تغريرًا تردد.

وقال الرافعي: ويشبه ألا يعتبر الاتصال بالعقد؛ على ما يقتضيه إطلاق صاحب الكتاب، وكان سبب الفرق بين التأثير في الفساد، وفي إثبات الخيار وبين التأثير في الرجوع - أن تعلق الضمان بالتغرير أوسع بابًا؛ ولذلك يثبت الرجوع على قولٍ بمجرد السكوت عن عيب المنكوحة، وإذا قدم الطعام إلى المالك، فأكله وجب الضمان على المقدم في قول.

هذا آخر كلامه، وما قاله نقلا وتفقُّهًا يحتاج إلى تأمل، والذي نبه عليه [قولٌ للإمام][٤] [رحمه الله][٥] وقد نبهت[٦] لينظر في ذلك كل فطن، فمن عثر على مزيد، فليلحقه بحاشية كتابنا مأجورًا، إن شاء الله تعالى.

ووجه التأمل: أن قول الرجوع بالمهر على الغار مفروض فيما إذا قلنا بعدم صحة النكاح، أو قلنا بالصحة، وثبوت الخيار، ففسخ العقد، أما إذا قلنا بالصحة، ولم

---

(١) سقط في س.

(٢) زاد في س: فلو قال: فلانة حرة، في معرض الترغيب في النكاح، ثم زوجها على الاتصال بحكم الولاية.

(٣) في س: المغرور.

(٤) في س: قول الإمام.

(٥) سقط في س.

(٦) بياض في س.

يفسخ، فالواجب المسمى، ولا رجوع به على أحد؛ كما تقدم ذكر ذلك، وقد دل عليه كلام الشيخ - رضي الله عنه - في المهذب، وصاحب التهذيب، والرافعي، وغيرهم.

وإذا كان التصوير[١] كذلك، لزم أن نقول - إذا وجد الشرط قبل العقد، وقلنا بأنه غير مؤثر-: إن النكاح صحيح ولا خيار، والواجب المسمى، ولا رجوع على أحد، فلا وجه [إذن][٢] للتفرقة بين [فسخ النكاح وبين][٣] الرجوع بالمهر وغيره كما ذكر، والله أعلم.

قال: **وإن تزوج امرأة، وشرط أنها أمة، فخرجت حرة، أو على أنها كتابية، فخرجت مسلمة - ففيه قولان:**

أحدهما: أن النكاح باطل.

والثاني: أنه صحيح، وتعليلهما ما تقدم.

قال: **ولا خيار**؛ لأنه ثبت لأجل النقص، ولا نقص.

وفيه قول محكي في الجيلي: أنه يثبت الخيار؛ لفوات غرض مقصود.

والأول هو المشهور، وادعى الإمام أنه لا خلاف في عدم ثبوته في مسألة الكتابية وإن ثبت في البيع فيما إذا شرط: أنه كافر، فخرج مسلمًا؛ لأن كل غرض يستباح في النكاح من الكتابية يستباح من المسلمة، والمقصود في الشراء راجع إلى المالية، وقد يكون الكفر في المملوك من الأغراض المالية، ولأن الكافر يطلبه [المسلم][٤] والكافر، والمسلم لا يطلبه غير المسلم، ولو طلبه غيره، لم يستعقب، ولم يبع منه، ورواج الشيء بكثرة الراغبين؛ كما أن وقوفه بقلة الراغبين.

قال: **وإن تزوج امرأة - أي: من غير شرط - ثم بان أنها أمة، وهو ممن يحل له نكاح الأمة**، أو بان أنها كتابية - فقد قيل: فيها[٥] قولان:

أحدهما: أن له الخيار؛ لأن ظاهر الدار الحرية والإسلام، فإذا خالف ذلك، يثبت الخيار[٦].

والثاني: لا خيار له؛ لبعد النكاح عن الخيار، وضعف تأثير الظن؛ ولهذا لو

---

(١) في س: التعزير.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: فيهما.
(٦) زاد في س: كما أنه [.... بياض] المطلع على عيب به ثبت الخيار.

اشترى عبدًا، وظنه كاتبًا، فإذا هو غير كاتب - لا خيار.

وقيل: مأخذ القولين: أن الكفر والرق هل يلحقان بالعيوب الخمسة، أو لا؟

وجه الإلحاق أن الكفر يورث النفرة عن الاستمتاع، كما أن البرص والجذام يورثانها، والرق يتعدى إلى الولد تحقيقًا وإن كان البرص والجذام يخاف منهما.

وقيل: مأخذهما أن التغرير بالفعل هل ينزل منزلة التغرير بالقول؛ لأن هذا الظن يثبت غالبا عن فعل وإيهام صادر من الولي، أو من الزوجة؟

ووجه تنزيله منزلته: أن الخيار يثبت بالتصرية، كما يثبت بالخلف في الشرط.

قال: وقيل: **في الأمة لا**[(١)] **خيار، وفي الكتابية يثبت الخيار**؛ وهذا هو النص في الموضعين.

والفرق بينهما من وجهين:

أشهرهما[(٢)]: أن ولي الكافرة يكون كافرًا، وللكافر علامات يتميز بها من الخيار[(٣)] وغيره، فخفاء الحال عن الزوج إنما يكون بتلبيس الولي وتغريره؛ فأثبت الخيار لذلك. وولي الرقيقة لا يتميز عن ولي الحرة؛ فلا تغرير، بل الزوج هو المقصر؛ حيث لم يبحث عن الحال.

قال الإمام الغزالي: إن أمكن أن يجعل هذا تغريرًا مثبتًا للخيار، فلو نكحها، وظن بكارتها، فإذا هي ثيب، لم يبعد إثبات الخيار؛ لأن النفرة هاهنا أعظم [هذا لفظه][(٤)].

قال الرافعي: لكن تغير الهيئة في الكتابية أورث[(٥)] ظن الإسلام، ولم [يوجد][(٦)] هنا ما[(٧)] يورث ظن البكارة.

نعم: قد يجعل السكوت عن بيان حالها تغريرًا؛ كما جعل السكوت عن بيان العيب تغريرًا.

والوجه الثاني: أن الكفر منفر للمسلم، فألحق بالعيوب، والرق لا ينفر؛ فلا يمنع من الاستمتاع.

---

(١) في س: له.
(٢) في س: أحدهما وهو المشهور.
(٣) في س: العباد.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: أوجب.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: لم.

والأشبه طرد القولين.

والأصح ما ذكره البغوي وغيره: أنه لا خيار.

ولو ظنت الحرة كفاءة الزوج؛ فأذنت في التزويج منه، فإذا هو غير كفء، فلا خيار لها؛ لأن التقصير منها ومن الولي حيث لم يبحثا، وليس هذا كظن السلامة عن العيب؛ إذ الغالب السلامة، وهاهنا لا يمكن أن يقال: الغالب الكفاءة.

قال الرافعي: وينبغي أن يفصل، فيقال: إن كان فوات الكفاءة؛ لدناءة نسبه، أو حرفته، أو فسقه - فالجواب كذلك.

[وإن كان فواتها؛ لعيب به، ثبت الخيار][1].

وإن كان فواتها؛ [لرقه، فليكن الحكم][2] كما لو نكح امرأة على ظن أنها حرة، فكانت أمة، بل كانت المرأة أولى بإثبات الخيار من جانب الرجل.

وما قاله الرافعي من التفرقة بين العيب والرق وغيرهما ليس من عنده، بل قد صرح به الإمام نقلا، وقد أشرنا إلى موضع ذكره من قبل.

وفي فتاوى البغوي: أنه إن كان فاسقًا، ثبت لها الخيار كالعيب.

وفي الشامل والتتمة: أن المرأة إذا تزوجت بمن ظنته حرًّا، فخرج عبدًا، لها الخيار؛ بخلاف الزوج؛ ذكراه في خيار العتق.

قال: **وإن تزوج بأمة، ثم أعتقت الأمة** - أي: وبقي الزوج رقيقًا - ثبت لها الخيار؛ لما روي أن بريرة أُعتقت، فخيرها رسول الله ﷺ، وكان زوجها - على ما روي عن عائشة وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم - عبدًا، وللإجماع.

ولأن عليها عارًا، وضررًا في كونها تحت عبد؛ بسبب النفقة لها ولولدها وغير ذلك.

وحكم المكاتبة إذا عتقت حكم الأمة.

وإن كانت قد تزوجت برضاها وإذنها؛ فإن إذنها محمول على رضاها[3] بالعبد ما دامت مكاتبة.

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: لرق ما لحكم.
(٣) في س: أنها رضيت.

ومن بعضها حر وبعضها رقيق حكمها حكم الأمة؛ لبقاء الرق[١].

وفي الزوائد للعمراني حكاية وجه عن صاحب الفروع فيما إذا تبعضت الحرية فيها[٢]: أنه ينظر:

إن زادت أجزاء حريتها على أجزاء حريته، ثبت لها الخيار، وإلا فلا؛ وذلك الوجه يجب طرده هنا بطريق الأولى.

ولو دبرت، أو كوتبت، أو علق عتقها بصفة، فلا خيار لها.

ولو عتقت تحت من بعضه رقيق، ثبت لها الخيار، أما إذا أعتق الزوج معها، فلا خيار، ولو أعتق بعدها، فسيأتي الكلام فيه.

واعلم أن [صورة][٣] المسألة فيما إذا كان العتق في الصحة، أو في المرض بعد الدخول أو قبله، وخرجت من ثلث مال المعتق سوى الصداق، أما إذا لم تخرج من ثلث المال إلا بضم الصداق إلى المال، فلا خيار لها؛ إذ لو ثبت، وترتب عليه الفسخ، لسقط الصداق، فيعود بعضها رقيقا بسبب سقوطه، ومن عاد الرق في بعضها، امتنع الخيار؛ فثبوته يؤدي إلى نفيه؛ فمنع من أصله.

ولو أعتق الزوج وتحته أمة فلا خيار له على المذهب؛ إذ لا عار عليه في استفراش الناقصة، ويمكنه التخلص بالطلاق، وهو الفارق بينه وبين المحل المنصوص عليه.

فرع: لو كانت صغيرة، أو مجنونة، ثبت لها الخيار عند البلوغ والإفاقة، وهل هو على الفور إذ ذاك أو لا؟ فيه الأقوال التي نذكرها من بعد؛ على ما صرَّح به ابن الصباغ.

ولا يمنع الزوج من وطء المجنونة قبل الإفاقة، وهل يمنع من وطء الصغيرة قبل البلوغ؟ فيه وجهان محكيان في ابن يونس.

والمذهب في الذخائر: أنه لا يمنع، ثم قال: ومن أصحابنا من قال: إن قلنا: إن الطلاق لا يقع على المعتقة قبل[٤] الفسخ - يُمنع من الوطء؛ لأنها كالخارجة عن ملكه، ثم قال: وكذلك الحكم في المجنونة.

قال: **وفي وقته ثلاثة أقوال**:

---

(١) في س: النقض وأحكام الرق.
(٢) في س: فيهما.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: على.

أحدها: أنه على الفور، وهو الأظهر، كخيار العيب في المبيع[١]، بل أولى؛ لبعد النكاح عن الخيار؛ وعلى هذا يكون الحكم فيه كما في البيع.

والثاني: إلى ثلاثة أيام؛ لما روى ابن عباس أن بريرة قضى لها رسول الله ﷺ بالخيار ثلاثًا[٢].

ولأن الخيار بسبب العتق إنما يثبت لتفعل ما فيه المصلحة لها، وذلك يحتاج إلى النظر والتأمل، ومدة الثلاث قريبة، وهي مدة التروي في الشرع.

قال الإمام: ويكون ابتداء الثلاث من وقت علمها بالعتق وتأثيره في الخيار.

والثالث: إلى أن يطأها - أي: باختيارها - أو تصرح بما يبطله؛ لما روت عائشة - رضي الله عنها - أن بريرة خيّرها رسول الله ﷺ وقال: «إِنْ كَانَ قَرِبَكِ[٣] فَلَا خِيَارَ لَكِ»[٤].

وعن حفصة مثل ذلك.

فعلى هذا إن مكنت ولم يطأها، لم يبطل حقها، قاله الإمام.

وقال في الذخائر: نكتفي به.

ولو طلبها، فامتنعت من تمكينه، فالحاكم يأمرها بعد سؤاله، إما أن تختار فراقه، أو تمكنه من وطئها.

ولو اختلفا في حصول الوطء، فمن المصدق منهما؟ فيه وجهان.

وفي البيان: أن المحاملي نقل قولاً رابعًا: أنها بالخيار إلى أن تسقط حقها، أو تمكن من الوطء، أو يوجد منها ما يدل على الرضا، مثل أن يُقَبِّلَها فتسكت.

وفي الشامل: أن بعض الأصحاب ذهب إلى أن رضاها يتقدر بالمجلس الذي علمت فيه.

---

(١) في س: المنع.

(٢) أخرجه البخاري (١٠/ ٥١٢، ٥١٣) كتاب الطلاق، باب: شفاعة النبي ﷺ في زوج بريرة رقم (٥٢٨٣)، وأبو داود (١/ ٦٧٨) كتاب الطلاق، باب: في المملوكة تعتق وهي تحت حُر أو عبد رقم (٢٢٣١)، وابن ماجه (٣/ ٤٦٥، ٤٦٦) كتاب الطلاق، باب: خيار الأمة إذا أعتقت رقم (٢٠٧٥).

(٣) يُقَال: قَرَبَ فُلَانٌ أَهلَهُ قُرْبَانًا؛ إذا غَشِيَهَا.
تاج العروس (قرب) (٤/ ١٧).

(٤) أخرجه أبو داود (١/ ٦٧٩) كتاب الطلاق، باب: متى يكون لها الخيار برقم (٢٢٣٦).

أما إذا أصابها الزوج قهرًا، ففي سقوط الخيار تردد؛ لأنها كانت متمكنة من الفسخ عند الوطء، وهذا له التفات على ما إذا وطئ امرأته قهرًا، هل يبقى لها حق الحبس حتى تقبض المهر؟ وفيه خلاف؛ وهذا مفروض فيما إذا لم يقبض على فيها، أما إذا قبض على فيها، فلا تردد في بقاء حقها؛ وهذا يناظر تفصيل الأصحاب فيما إذا أخرج أحد المتبايعين من مجلس العقد قهرًا(١).

قال: **وإن عَتَقَتْ وهي في عدة من طلاق رجعي، فلم تفسخ، أو اختارت المقام معه - لم يسقط خيارها**؛ لأنها جارية إلى البينونة؛ فلم يصح [معها اختيار](٢) ما ينافيها.

قال الإمام: ولم يخرجوا اختيارها المقام على وقف العقود؛ لأن شرط الوقف أن يكون مورد العقد قابلا لمقصود العقد؛ ألا ترى أن بيع الخمر لا يوقف إلى أن تتخلل وهي على حالتها غير مستحيلة؟

وحكى أنه سمع من شيخه عن طوائف من الأئمة نفوذ إجازتها، وقال: إنه متجه غير بعيد؛ فإن إجازتها إن لم تتضمن إحلالها فهي متضمنة قطع خيارها.

والغزالي نقل عن بعضهم تخريجه على وقف العقود؛ فإن راجعها نفذت، وإلا لغت، ولو فسخت(٣) نفذ؛ [لتقطع سلطة](٤) الرجعة وتدفع [مقابل](٥) الانتظار؛ فإنها لو أخرت الفسخ [إلى أن يراجع](٦) كانت العدة من يومئذٍ.

وعن صاحب التقريب: أن الفسخ موقوف؛ فإن راجعها نفذ، وإلا فلا.

وعلى الأول إذا فسخت، هل تستأنف العدة، أو تكتفي ببقية الأولى؟ فيه قولان؛ كما لو طلق الرجعية.

---

(١) قوله: وإذا عتقت الأمة تحت عبد، ثبت لها الخيار على الفور.
وفي قول: إلى أن يصيبها اختيارًا، فإن أصابها قهرًا، ففي سقوط الخيار تردد، لأنها كانت متمكنة من الفسخ.
ثم قال ما نصه: وهذا مفروض فيما إذا لم يقبض على فمها، أما إذا قبض عليه، فلا تردد في بقاء حقها. وهذا يناظر تفصيل الأصحاب فيما إذا أخرج أحد المتبايعين من مجلس العقد قهرًا. انتهى كلامه.
واعلم أن في سقوط الخيار في البيع بالإخراج قهرًا مع انسداد الفم خلافًا، حكاه الرافعي والمصنف وغيرهما، وإذا استحضرت ذلك علمت تهافت كلامه هنا، وأن أوله مناف لآخره. [أ و].

(٢) في س: منها.

(٣) في س: فسحت.

(٤) في س: ليقطع لسلطته.

(٥) سقط في س.

(٦) في س: إلى أن راجع.

وإذا قلنا بالبناء، فتكمل عدة الحرائر، أو عدة الإماء؟ فيه خلاف يذكر في موضعه.

واعلم أن الشيخ - رضي الله عنه - لو اقتصر على ذكر المسألة الثانية، لأغنته عن ذكر الأولى.

قال: **فإن ادعت الجهل بالعتق** - أي: بعد الوطء، أو مضي الثلاث، أو الفورية- ومثلها[(١)] يجوز أن يخفى عليها، مثل: إن كانت في بلدة، أو محلة أخرى، قبل قولها؛ إذ الأصل عدم العلم.

قلت[(٢)]: ويتجه أن يكون القول قوله؛ استبقاء للنكاح[(٣)] وإن كان الأصل العدم؛ وكذا في الإيلاء.

أما إذا [كان مثلها][(٤)] لا يخفى عليها؛ كما إذا كانت مع السيد في دار واحدة، أو محلة واحدة - لم يقبل قولها؛ لأن ما تدعيه خلاف الظاهر؛ إذ العادة جارية: أن من أعتق رقيقه يعلمه إذا كان معه.

ومنهم من أطلق في المسألة قولين، ويحكى ذلك عن أبي إسحاق.

قال الشيخ أبو حامد الأسفراييني في التعليق: سئل الشيخ أبو إسحاق في هذه المسألة، فظن أن القولين فيها، وليس كذلك، بل القولان فيما إذا ادعت الجهل بالخيار.

قلت: ويظهر أن يكون مأخذ القولين تقابل الأصل والظاهر؛ إذ الأصل عدم العلم، والظاهر وجوده إذا كانت معه في بيت أو محلة.

قال: **وإن ادعت الجهل بالخيار، ففيه قولان:**

أحدهما: يقبل، وهو الأصح؛ لأن الأصل عدم العلم، والظاهر معها؛ إذ لا يعرف ذلك إلا الخواص من الناس.

والثاني: لا يقبل، ويكون القول قول الزوج في علمها؛ كما إذا قال المشتري: لم أعلم بأن العيب يثبت الخيار.

وحكى أبو الفرج الزاز[(٥)] طريقة قاطعة بالقول الثاني؛ وهذا يناظر ما إذا ادعى

(١) في س: ومثلها.
(٢) في س: قال.
(٣) زاد في س: كما إذا ادعى الوطء في مدة العدة فإنه يقبل قوله.
(٤) في س: كانت.
(٥) في س: أبو الفرج البزار.

الزوج الوطء في مدة العنة؛ فإنه يصدق وإن كان الأصل عدم الوطء؛ محافظة على تبقية النكاح.

فرع: إذا فرعنا على أن الخيار على الفور، فادعت الجهل بأنه على الفور، لم تعذر؛ إذ الغالب أن من علم أصل ثبوت الخيار، يعلم كونه - أيضًا - على الفور.

وقال في الرق: إن كانت قديمة العهد بالإسلام، وخالطت أهله لم تعذر، وإن كانت حديثة العهد به، أو لم تخالط أهله، فقولان، والله أعلم.

قال: **وإن أعتقت، فلم تفسخ حتى أعتق الزوج، ففيه قولان:**

أحدهما: يبطل خيارها؛ لزوال النقص؛ وهذا هو الأظهر في الرافعي، والمذهب في النهاية، والمنصوص في المختصر.

والثاني: لا يبطل؛ عملاً بالأصل.

وهذا الخلاف كالخلاف في رد المبيع بعد زوال العيب، وفي الأخذ بالشفعة بعد بيع ما يستحق به الشفعة.

قال: **ويجوز لها الفسخ بالعتق من غير حاكم**؛ لأنه ثابت بالنص والإجماع؛ فأشبه الرد بالعيب والشفعة.

قال: **فإن فسخت قبل الدخول، سقط المهر**، أي: وإن كان حقًّا للسيد؛ كما لو ارتدت، وليس للسيد منعها من الفسخ؛ لما يلحقها من الضرر مع البقاء.

قال: **وإن فسخت بعد الدخول بعتق بعده، وجب المسمى**؛ [إذ المهر يستقر][1] بالدخول، والفسخ يستند إلى حالة العتق [والعتق بعده، ويجب][2] إذ هو سببه وهو بعد الدخول؛ فلا يؤثر فيما استقر.

قال: **وإن فسخت بعد الدخول بعتق قبله، سقط المسمى، ووجب مهر المثل**؛ لأن الفسخ يستند إلى حالة العتق، فصار الوطء كأنه في نكاح فاسد؛ كذا علله ابن الصباغ.

وفي التهذيب حكاية وجه: أنه يجب المسمى، وهو المذهب في التتمة.

وقال الإمام: «قطع الأئمة بأن المسمى لا يسقط، ولم يخرجوا فيه القول المنصوص في العيوب؛ وهو أن المسمى يسقط، ويجب مهر المثل؛ والسبب فيه:

(١) في س: إذا استقر.
(٢) سقط في س.

أن هذا الفسخ سببٌ ظاهر، وليست هي مستحقة المهر، وإنما المهر لغيرها؛ فيبعد سقوطه؛ فالقطع باستقرار المسمى إذا جرى فسخ العقد بعد المسيس موثوق به نقلًا وتعليلاً»، هذا آخر كلامه، ووافقه الغزالي عليه.

وقال الرافعي: وسواء قلنا: إن الواجب مهر المثل، أو المسمى، فهو للسيد؛ إذا لم تكن مفوضة.

قلت: وفي وجوب مهر المثل له مباحثة؛ لأن من يوجب مهر المثل يوجهه بأن الفسخ يستند إلى وقت وجود سببه، وهو العتق، فالوطء بعده كأنه في نكاح فاسد، ومقتضى هذا التوجيه أن يكون المهر للأمة؛ لأن الوطء الموجب له جرى وهي حرة.

وعلى تقدير: أن يحكم[1] له به ويعلله بأنه محسن؛ فلا يليق حرمانه؛ فينبغي أن يجب له أقل الأمرين من مهر المثل والمسمى؛ لأنه إن كان المهر أقل؛ لم نوجب على الزوج سواه، وإن كان المسمى أقل فالقدر الزائد حصل بسبب الحرية؛ فيكون لها؛ كما قلنا فيما إذا قطعت يد عبد، ثم أعتق، ثم مات - فإنه يجب للسيد أقل الأمرين من كل الدية [وكل القيمة][2].

ووجه الشبه: أن السراية صيرت القطع قتلًا[3] وهي حاصلة بعد العتق، والقطع سببه، وهو موجود في الرق.

وقال في الذخائر: إذا قلنا بوجوب مهر المثل ينبغي أن يخرج على الوجهين فيما إذا كانت مفوضة، ولم يفوض[4] لها، ولم يدخل بها، وقلنا: إن المهر يجب بالوطء في أنه هل يجب للسيد أو لها؟

قال: **فإن طلقها الزوج قبل أن تختار الفسخ** - أي: طلاقًا بائنا - ففيه قولان:

أحدهما - وهو الصحيح، والمنقول في الإملاء-: أنه يقع؛ لأنه صادف النكاح.

والثاني - وهو المنصوص في الأم-: أنه موقوف، فإن فسخت، لم يقع؛ لأن إيقاعه يبطل حقها من الفسخ، وإن لم تفسخ، تبينا أنه قد وقع؛ لأنه لا يبطل حقها من الفسخ.

وأيضًا: فإنه إذا طلق في الردة يكون الطلاق موقوفًا، فكذلك هاهنا.

والقائل الأول يفرق بأن الانفساخ بالردة يستند إلى حالة الردة؛ فتبين أن

---

(١) في س: يحكم.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: صيرت القطع ميلًا.
(٤) في س: يقرض.

الطلاق لم يصادف النكاح، والفسخ بالعتق لا يستند إلى ما قبله.

ومنهم من لم يثبت القول الثاني.

أما إذا كان الطلاق رجعيًّا؛ فإنه يقع قولاً واحدًا؛ لأنه لا يبطل حقها من الفسخ، ويبقى الحكم كما إذا عتقت في العدة.

وقال في الذخائر: وأطلق العراقيون القولين، ولم يفصلوا، وفصل المراوزة، فذكروا نحوًا مما ذكرناه من التفرقة بين الطلاق[1] الرجعي والبائن.

ولو طلق المعيب قبل فسخ الزوجة، ففي نفوذ[2] الطلاق أو وقفه هذا الخلاف؛ كذا حكاه الإمام، والرافعي.

وفي البيان: أن الشيخ أبا حامد قال: لا خلاف أنه ينفذ طلاقه، والله أعلم.

---

(١) في س: البطلان.

(٢) زاد في س: هذا.

باب نكاح المشرك

المشرك: الكافر على أي ملة كان.

قال: **إذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين، أو المجوسيين، أو أسلمت المرأة والزوج نصراني أو يهودي، فإن كان ذلك قبل الدخول، تعجلت الفرقة، وإن كان بعد الدخول وقفت الفرقة على انقضاء العدة؛ فإن أسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة**، يحكم بالفرقة من حين أسلم الأول منهما.

وقال أبو ثور: إن أسلم الرجل قبل [المرأة بعد الدخول، انفسخ النكاح][1]، وإن أسلمت المرأة، لم ينفسخ حتى تنقضي العدة.

ودليلنا على المسألتين: ما روى عبد الله بن سمرة: أن الناس كانوا على عهد رسول الله ﷺ يسلم الرجل قبل المرأة، والمرأة قبل الرجل، فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة، فهي امرأته، وإن أسلم بعد انقضاء العدة، فلا نكاح بينهما.

وأما وجه الدلالة من هذا الخبر[2] على الإسلام بعد الدخول، فظاهر، ويضاف إليه القياس على الطلاق؛ لأن كلًّا منهما موضوع لقطع النكاح، ثم الطلقة الواحدة لا تقطع النكاح قبل انقضاء العدة، فكذلك اختلاف الدين.

وأما على الإسلام قبل الدخول؛ فلأن الشرع جعل الإسلام في العدة مقررًا للنكاح؛ لكونها من توابعه، وغير مقرر بعد انقضائها؛ لزوال النكاح وآثاره، والإسلام قبل الدخول لا يوجب العدة؛ فكان كما بعد الانقضاء.

ولأن النكاح قبل الدخول غير متأكد، ولهذا يرتفع بالطلقة الواحدة؛ وهذا الاختلاف بين الدينين مضاد للنكاح؛ لأنه لا يجوز تقريرهما عليه بعد انقضاء العدة؛ فعلقنا به الفرقة؛ كالطلاق.

ولو أسلما معًا، أقرا على النكاح، والاعتبار بآخر كلمة الإسلام.

---

(١) سقط في س.

(٢) زاد في س: أما.

وهذه الفرقة فرقة فسخ، لا فرقة طلاق.

فروع:

أحدها: لو قبل الكافر لابنه الصغير نكاح[1] بالغة، وأسلم أبو الطفل والمرأة معًا، قال في التهذيب: بطل النكاح؛ لأن إسلام الولد يحصل عقيب إسلام الأب فيتقدم إسلامها إسلام الزوج.

وكذلك إذا أسلمت عقيب إسلام الأب يبطل - أيضًا -؛ لأن إسلام الولد يحصل حكما، وإسلامها يحصل بالقول، والحكمي يكون سابقًا على القولي؛ فلا يتحقق إسلامهما معًا.

الثاني: حيث توقفنا في النكاح إلى انقضاء العدة، فلو طلقها قبل تمام العدة، فالطلاق موقوف أيضًا.

وحكى الإمام أن من الأصحاب من جعل الطلاق على قولي وقف العقود، وقال: لا يقع في قول، وإن اجتمعا على الإسلام، وأجراهما فيما إذا أعتق عبد [أبيه][2] على ظن أنه حي، فبان ميتًا، والمذهب الأول؛ لأن الطلاق والعتاق يقبلان صريح التعليق، فأولى أن يقبلا تقدير التعليق.

الثالث: إذا أسلمت المرأة، وتخلف الزوج، ثم أسلم، فادعى الإسلام قبل انقضاء العدة، وأنكرت، فإن اتفقا على أن العدة انقضت يوم الجمعة مثلاً، وادعى الزوج أنه أسلم يوم الخميس، وقالت: بل يوم السبت، فالقول قول [المرأة، وإن اتفقا على أنه أسلم يوم الجمعة [مثلاً][3]، وقالت: انقضت عدتي يوم الخميس، وقال: بل يوم السبت، فالقول قول][4] الزوج.

وإن اختلفا مطلقًا، فثلاثة أقوال؛ الثالث: أن القول قول من سبق إلى الدعوى، وسيأتي مثل ذلك في باب الرجعة.

قال: **وإن وطئها في العدة، ولم يسلم الثاني منهما، وجب المهر**؛ لأنه وطئ أجنبية بشبهة؛ فوجب عليه مهر المثل؛ كما لو وجد امرأة في فراشه، وظنها زوجته؛ فوطئها.

---

(١) بياض في س.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.

قال: وإن أسلم - أي: في العدة - فالمنصوص: أنه لا يجب المهر؛ وكذا نصه فيما إذا ارتد أحد الزوجين، ووطئها في العدة، ثم أسلم المرتد: أنه لا يجب المهر، والمنصوص فيما إذا وطئ الرجعية، ثم راجعها أنه يجب المهر.

وفي «التتمة» أنه نص في الرجعية على قولين، وللأصحاب طريقان:

أحدهما: أن ذلك على قولين بالنقل والتخريج:

أحدهما: وجوب المهر؛ لوقوع الوطء في حال ظهور الخلل.

والثاني: المنع؛ لارتفاع الخلل آخرًا، وعودها إلى صلب النكاح.

وحكى[1] ابن كج أن أبا الحسين قال: وجدت القولين منصوصين.

والطريق الثاني: القطع بتقرير النصين[2].

والفرق: أن الطلاق لا يرتفع بالرجعة، بل يبقى نقصان العدد؛ فيكون ما بعد الرجعة وما قبل الطلاق بمنزلة نكاحين[3] مختلفين، والخلل الحاصل بتبديل الدين ارتفع بالاجتماع في الإسلام، ولم يبق له أثر؛ فيكون العقد الأول باقيًا بحاله.

قال: وإن أسلم الحر، وتحته أكثر من أربع نسوة، وأسلمن معه - أي: إما معًا قبل الدخول، وإما في العدة بعد الدخول - اختار أربعًا منهن، وكذا لو أسلم الرجل وهن كتابيات، أو أسلم أربع[4] أولاً، ثم أسلم في عدتهن، ثم أسلمت الباقيات قبل انقضاء عدتهن من حين أسلم[5] الزوج؛ لما روي أن غيلان أسلم وتحته عشر نسوة، فقال له النبي ﷺ: «أَمْسِكْ أَرْبَعًا، وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ»[6]، ولا فرق بين أن ينكحهن معًا أو على الترتيب؛ فإن له أن يختار الأخيرات؛ لتركه[7] الاستفصال في الحديث.

وإذا اختار أربعًا منهن، انفسخ نكاح البواقي، وهل يجب لهن مهر؟ قال ابن الصباغ في ضمن مسألة - وهي ما إذا أسلم على أم وبنت-: إنه لا يجب لهن مهر؛ إذا لم يكن [قد][8] دخل بهن، ولا متعة، ولا نفقة.

---

(١) زاد في س: القاضي.
(٢) في د: النصوص.
(٣) في د: نكاحهن.
(٤) في س: الأربع.
(٥) في س: إسلام.
(٦) تقدم.
(٧) في س: للترك.
(٨) سقط في س.

وقال في النهاية في ضمن المسألة المذكورة: في وجوب المهر قولان مأخوذان من تصحيح أنكحة الكفار أو الوقف، فإن حكمنا بالصحة، أوجبنا نصف المهر؛ للمفارقة، وإن قلنا بالوقف، وهو قول الإعراض، فالمفارقة لا مهر لها.

وقال في «التتمة»: الخلاف مبني على قولي الصحة والفساد، وقال: إذا كان قد دخل بهن، فلهن المسمى على قول [الصحة](١)، ومهر المثل على قول الفساد.

فرع: عدة المفارقات في(٢) أي وقت تحسب؟ قال ابن الصباغ فيما إذا أسلم وتحته إماء وأسلمن معه، وهو ممن يحل له نكاح الإماء، فاختار واحدة منهن-: انفسخ نكاح الباقيات حين الاختيار، والعدة من حين الاختيار.

وهذه المسألة تناظر الحر؛ ذلك(٣) لأن الزيادة على الأربع ممتنعة؛ كما أن [الزيادة على](٤) الأمة في حق الحر الذي يجوز له نكاح الأمة ممتنعة؛ فوجب أن يكون الحكم كذلك.

وقال - أيضًا - فيما لو أسلم خمس إماء، ثم أعتقن قبل أن يسلم، ثم أسلم - كان له أن يختار أربعًا منهن، وانقطعت عصمة الخامسة، وبانت باختيار الأربع.

وقال في «التتمة»: المذهب: أنها تعتبر من وقت اختلاف الدين بين الزوجين، وخرج فيه قولاً: أنها تعتبر من وقت الاختيار.

وقرَّب صاحب «التهذيب» الخلاف من الخلاف فيما إذا طلق إحدى امرأتيه لا بعينها، ثم عينها، تكون عدتها من وقت التعيين أو من وقت التلفظ بالطلاق؟ وذكر أن الأصح أن الاعتبار من وقت الاختيار.

قال الرافعي: لكن الراجح عند عامة الأصحاب: أن الاعتبار من وقت الإسلام.

قلت: وما قاله صاحب الشامل هو ما صححه في التهذيب.

أما لو أسلم أربع قبل الدخول، أو في العدة بعد الدخول، وتخلفت الباقيات - ارتفع نكاح المتخلفات، وكذا لو أسلم أربع من ثماني نسوة - مثلا - ثم مُتْنَ، [ثم أسلم الزوج](٥)، ثم أسلمت الباقيات في عدتهن - تعينت الأخيرات.

قال: فإن لم يفعل - أي: الاختيار - أجبر عليه، أي: عند الاجتماع في

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: من.
(٣) في س: تلك.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في س.

الإسلام؛ لأنه حق وجب عليه، لا يدخله النيابة؛ فأشبه ما إذا امتنع من قضاء الدين، وأخفى ماله.

وإنما قلنا بالوجوب؛ لقوله ﷺ لغيلانَ الثقفيِّ: «اخْتَرْ أَرْبَعًا، وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ»، والأمر على الوجوب.

ولا يختار الحاكم عليه، بخلاف المُولِي؛ حيث يطلّق عليه - على الصحيح -؛ لأنه اختيار شهوة؛ ولذلك لا يجوز فيه التوكيل، ولو مات لا يقوم وارثه مقامه[(١)]، بخلاف الطلاق.

والإجبار[(٢)] يكون بالحبس[(٣)]، فإن لم يغن الحبس عزر بما يراه الحاكم من الضرب وغيره، فإن أصر كرر عليه إلى أن يختار.

وحكي عن ابن أبي هريرة: أنه لا يضم إلى [الضرب الحبس][(٤)]، ولكن يشدد عليه الحبس.

قال الإمام: وإذا حبس فلا يعزّر على الفور، وأقرب معتبر فيه مدة الاستتابة.

واعتبر القاضي الروياني في الإمهال الاستنظار[(٥)]، فقال: ولو استنظر[(٦)] أنظره الحاكم إلى ثلاثة أيام ولا يزيد، وما قاله[(٧)] مؤيد بما سيأتي في الإيلاء.

قال: **وأخذ بنفقتهن إلى أن يختار**؛ لأنهن محبوسات بحكم النكاح، ولأن ما من واحدة منهن إلَّا ويحتمل أنها المنكوحة، ويحتمل أنها المفارقة، وهو المفرط بترك التعيين؛ هكذا علله في «التتمة».

وعلى ما قاله ابن الصباغ من أن الفسخ يكون من حين الاختيار، تكون النفقة واجبة عليه لكل واحدة منهن [بحكم أن الأصل بقاء الزوجية في كل واحدة منهن][(٨)].

فرعان:

أحدهما: لو جن في الحبس، أو أغمي عليه [في الحبس، خلي][(٩)] إلى أن يفيق.

---

(١) في د: مكانه.
(٢) في س: الاختيار.
(٣) في س: بالجنس.
(٤) في س: الحبس الضرب.
(٥) في د: الاستبصار.
(٦) في د: انتظر.
(٧) في س: قابله.
(٨) سقط في س.
(٩) سقط في د.

الثاني: الكافر إذا قبل لابنه الصغير نكاح أختين، أو فوق الأربع، ثم أسلم الأب، وأسلمت النسوة بعد الدخول في العدة - يوقف الأمر إلى أن يبلغ.

ولو أسلم، ثم جن قبل أن يختار، وقف إلى أن يفيق، والنفقة عليه إلى التعيين، وهذا الفرع يعكر على ما علل به صاحب «التتمة» وجوب(١) النفقة.

قال: وإن طلق واحدة منهن، كان ذلك اختيارًا لها؛ لتوقف وقوع الطلاق على ثبوت النكاح.

ولو طلق أربعًا، انقطع نكاحهن بالطلاق، ويندفع نكاح الباقيات بالشرع.

ولو خاطب الجميع بالطلاق، قال الرافعي: وقع الطلاق على الأربع المنكوحات، وتبقى الحاجة إلى التعيين.

قلت: وينبغي أن يفصل، فيقال: إن أوقع الطلاق على الترتيب، تعينت الأولى، وإن خاطبهن بلفظ واحد، وقع على أربع منهن لا على التعيين، ويؤمر بالتعيين؛ كما قاله في «الشامل»، فإذا اختار أربعًا [منهن](٢)، وقع بهن الطلاق، ويكون الحكم كما ذكرناه.

وفي «التتمة» وجه: أن الطلاق لا يكون تعيينًا للنكاح؛ لأنه روي في قصة فيروز الديلمي - وقد أسلم على(٣) أختين-: أنه ﷺ قال له: «طَلِّقْ أَيَّتَهُمَا شِئْتَ»(٤) ولو كان الطلاق تعيينًا للنكاح في المطلقة، لكان ذلك تفويتًا لنكاحها(٥) عليه. والرواية المشهورة: «فَارِق»

وقيل: يطرد الخلاف في لفظ الفراق - أيضا - لكن الأظهر [فيه:] أنه اختيار.

فرعان:

أحدهما: لو قال: إن دخلت الدار، فأنت طالق، فقد ذكر وجه: أنه لا يجوز؛ لأن الطلاق اختيار للنكاح، وتعليق الاختيار ممتنع، والصحيح جوازه؛ تغليبًا لحكم الطلاق، والاختيار يحصل ضمنًا، وقد يحتمل في العقود الضمنية ما لا يحتمل عند الانفراد والاستقلال؛ وهذا كما أن تعليق التمليك لا يجوز، ولو قال: أعتق عبدك إذا جاء الغد على كذا، ففعل، صح، وإن كان ذلك متضمنًا للتمليك.

---

(١) في س: ووجوب.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: عن.
(٤) تقدم.
(٥) في س: لنكاحهما.

وفي تعليق اختيار الفسخ وجه: أنه يجوز؛ تشبيهًا له بالطلاق.

الثاني: لو قال: فسخت نكاح هذه، وأراد الطلاق، فهو اختيار للنكاح، وإن أراد الفراق، [وأطلق][1]، حمل على الاختيار للفراق، وألحق بما إذا قال: اخترت هذه للفسخ؛ هكذا قاله الرافعي، ولم يحك سواه في هذا الباب.

وحكى في كتاب الخلع: أنه إذا قال لزوجته: فسخت نكاحك، ونوى الطلاق، وهو متمكن من الفسخ بعيب فيها - [خلافًا في][2] أنه يكون طلاقًا أو لا؟

ووجه عدم نفوذه طلاقًا: أنه أمكن تنفيذه في حقيقته، بخلاف ما إذا لم يوجد سبب الفسخ.

قلت: ويتجه أن يجيء مثل هذا الخلاف هاهنا، فيما إذا نوى به الطلاق؛ إذ[3] هو عند الإطلاق منصرف إلى حقيقته، وما يؤيد ذلك أن الإمام في النهاية حكى أن العراقيين حكوا وجهًا فيما إذا قال: من أسلمت فقد فسخت نكاحها، وزعم أنه أراد بذلك الطلاق-: أن تفسير الفسخ بالطلاق مردود، وقال: إنه لا وجه له.

وإن تكلف متكلف[4]، وقال: [إن][5] الفسخ في نكاح المشركات صريح في الفراق الذي هو من خصائص الباب، وما كان صريحًا في موضوعه[6] لا يجوز أن يعدل به عن موضوعه[7] بالنية؛ فهذا بعيد؛ فإن الفسخ قبل الإسلام لا نفاذ له على صيغة التعليق، والطلاق ينفذ؛ فكان استعمال الفسخ في وقت لا يجد نفاذًا في موضوعه[8]. هذا آخر كلامه.

وإذا كان هذا الوجه جرى في هذه الصورة مع ما ذكره الإمام من إفساده - يتجه جريانه فيما إذا انتفى المعنى المذكور من طريق الأولى.

قال: **وإن ظاهر منها، أو آلى، لم يكن ذلك اختيارًا لها**؛ لأن الظهار وصف بالتحريم، والإيلاء حلف على الامتناع من الوطء، وكل واحد من المعنيين بالأجنبية أليق منه بالمنكوحة.

وقيل: يكون اختيارًا؛ لأنهما تصرفان يختصان بالنكاح؛ فأشبها الطلاق.

---

(١) في س: أو أطلق.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: و.
(٤) في س: مكلف.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: موضعه.
(٧) في س: موضعه.
(٨) في س: موضعه.

والأول أصح.

فإذا اختار التي ظاهر منها أو آلى للنكاح، صح الظهار والإيلاء، ويكون[١] ابتداء مدة الإيلاء في وقت الاختيار، وحينئذ يصير[٢] عائدًا في الظهار؛ إن لم يفارقها.

قال: **وإن وطئها، فقد قيل: هو اختيار**، كوطء البائع الجارية المبيعة في مدة الخيار.

وقيل: **ليس باختيار**، وهو الصحيح؛ اعتبارًا بالرجعة.

وهذان القولان كالقولين فيما لو طلق إحدى امرأتيه لا بعينها، أو أبهم إعتاق إحدى الأمتين[٣].

وقيل: في المسألة طريقة قاطعة بأنه لا يكون اختيارًا.

والفرق: أن الاختيار في نكاح المشركات حكمه حكم الابتداء [أو الاستدامة][٤]، ولا يصح ابتداء النكاح واستدامته [بالوطء][٥]، لما سيأتي في الرجعة.

فرع: لو وطئ الجميع، إن جعلنا الوطء اختيارًا، كان مختارًا للأوليات، وإن لم نجعله اختيارًا اختار منهن أربعًا.

واعلم: أن الشيخ تكلم فيما يحصل به الاختيار ضمنًا، ولم يتكلم في صريح الاختيار؛ لوضوحه، وصريحه [مثل][٦] أن يقول: اخترت نكاحك، [أو: تقرير نكاحك][٧]، أو: عقدك، أو: اخترتك، أو: أمسكتك، أو ثبتُّ نكاحك، أو: ثبتك، أو: حبستك على النكاح.

قال الرافعي: وإيراد الأئمة يشعر بأن جميع ذلك صريح، لكن الأقرب أن يجعل قوله: اخترتك، أو: أمسكتك في غير التعريض للنكاح كناية.

وإذا أسلم على ثماني نسوة مثلاً، وأسلمن معه، فاختار أربعًا منهن للفسخ، وهو يريد حله بالطلاق - لزم نكاح الأربع البواقي، وإن لم يتلفظ في حقهن بشيء.

---

(١) في س: لا يكون.
(٢) في س: يكون.
(٣) في س: أمتيه.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: إلا بالقول.
(٦) سقط في س.
(٧) سقط في س.

ولو قال لأربع: أريدكن، ولأربع: لا أريدكن، قال في التتمة: يحصل التعيين بذلك.

قال الرافعي: وقياس ما سبق حصول التعيين بمجرد قوله: أريدكن.

ولو قال: اخترت الجميع للنكاح وللفسخ، فهو لغوٌ.

ولو قال: حصرت المختارات في هؤلاء الخمس، انحصرن، ويندفع نكاح الباقيات.

هذا كله فيما يحصل به الاختيار.

أما وقت الاختيار: فوقت اختيار الإجازة، يدخل بإسلامه وإسلام بعض الزوجات؛ حتى لو أسلم وأسلمت معه واحدة أو اثنتان أو ثلاث أو أربع، فاختارهن للنكاح - صح؛ إذ غاية الأمر أن يسلم الباقيات؛ فله أن يختار الأُوَل للنكاح.

ووقت اختيار الفسخ يدخل بإسلام الزوج، واجتماع الزوجات معه في الإسلام؛ حتى لو أسلم وأسلم معه أربعة فما دونهن - لم يصح اختيارهن للفسخ ولا واحدة منهن؛ لاحتمال إصرار الباقيات على الكفر حتى تنقضي العدة، وبقاء العدد الشرعي لا بد منه.

وفي النهاية حكاية وجه حكاه العراقيون: أن اختيارهن - أو واحدة منهن - موقوف: فإن أسلم بعد ذلك أربع، بان صحة الفسخ، وإن لم يسلمن، لم يصح.

ولو أسلم معه فوق الأربع، فله أن يختار للفراق منهن ما زاد على الأربع.

قال: **وإن مات قبل أن يختار، وقف ميراث أربع منهن إلى أن يصطلحن**؛ لأنا نعلم أن فيهن أربع زوجات، وقد جهلنا عينهن؛ فوجب التوقف.

وقال ابن سريج: لا يوقف، ويوزع عليهن؛ لأن البيان غير متوقع، وهن جميعهن معروفات[1] بشمول الزوجية[2]، وبأنه لا مزية لبعض على بعض، وليس كما إذا قال: إن كان هذا الطائر غرابًا فعمرة طالق، وإن لم يكن غرابًا فزينب طالق، وأشكل الحال؛ فإن هناك الالتباس علينا، والله تعالى يعلم حال الطائر، ويعلم الطالق منهما، وهاهنا لا يمكن أن يقال: إنه يعلم المختارات، مع أنه لم يوجد منه اختيار.

---

(١) في س: معترفات.

(٢) في س: الإشكال.

وإلى هذا مال الإمام، والمشهور: الأول.

فإن كان تحته ثماني نسوة مثلاً، وفيهن صغيرة، أو مجنونة، صالح الولي عنها، ففيه[١] وجهان:

أحدهما: أنه لا يصالح على ما دون[٢] الثمن؛ لأنها صاحبة يد في ثمن الموقوف؛ وهذا إذا اصطلحن جميعًا.

أما إذا طالب أربعٌ منهن فما دونهن، لم يُعْطَ لهن شيء؛ لاحتمال أن الباقيات الزوجات.

وإن جاء خمس دفع إليهن الربع، وللست النصف، وللسبع النصف والربع؛ إذ فيهن واحدة أو اثنتان أو ثلاث.

وهل يشترط في الدفع أن يبرئن عن[٣] الباقي؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ فعلى هذا يدفع ما بقي [لمن بقي][٤]، وكأنهن اصطلحن على القسمة هكذا.

وأصحهما: أنه لا يشترط هذا كله إذا كن مسلمات، وهو المفهوم من كلام الشيخ في أول المسألة؛ ولذلك استغنى عن ذكره.

فإن كن كتابيات، لم يوقف لهن شيء.

وإن كان أربع منهن كتابيات وأربع مسلمات، فوجهان:

الأصح منهما: أنه لا يوقف، وهو ما حكاه الغزالي؛ إذ كان يحتمل أن يختار الكتابيات؛ فلا يرث الجميع؛ فلم يحصل حق الزوجة بيقين.

والثاني: أنه يوقف، وهو ما ارتضاه[٥] في الشامل؛ لأن استحقاق[٦] نصيب الزوجات غير معلوم، والشك في أصل الاستحقاق لا يمنع الوقف؛ بدليل مسائل الحمل ونحوها.

وعلى هذا إذا أردن الصلح اصطلحن مع بقية الورثة الذين يكون لهم نصيب

---

(١) في د: ثم فيه.

(٢) زاد في س: الربع، وأصحهما: وهو أنه لا يصالح على ما دون.

(٣) في س: على.

(٤) سقط في س.

(٥) في د: أوقفناه.

(٦) في س: الاستحقاق في.

[الزوجات][1] لو كن غير وارثات؛ لأنه متردد بينهنَّ بخلاف المسألة الأولى؛ هذا حكم الإرث.

وأما العدة: فإن كان ذلك قبل الدخول، اعتدت كل [واحدة][2] منهن بأربعة أشهر وعشر[3].

وإن كان بعد الدخول، اعتدت الحامل بوضع الحمل، وغير الحامل إن كانت من ذوات الشهور، اعتدت بأربعة أشهر وعشر[4] وإن كانت من ذوات الأقراء، اعتدت بأقصى الأجلين من أربعة أشهر وعشر أو ثلاثة أقراء.

والأشهر تعتبر من وقت[5] الموت، وفي الأقراء وجهان، ويقال: قولان:

أحدهما: من وقت الموت.

والثاني - وهو الأصح-: من وقت دخول أحدهما في الإسلام، أو دخولهما.

والذي جزم به ابن الصباغ الأول، وقد حكيناه عنه من قبل عند الكلام في أن عدة المفارقات من أي وقت تحسب؟

والذي يظهر أن يكون هذا الخلاف مبنيًّا على أن الفرقة في أي وقت تقع؟ وقد تقدم.

فرع: لو تزوج رجلان امرأة، ثم أسلموا، واعتقادهم جواز ذلك، فلا خلاف أنه ليس للزوجين الاختيار، وهل يثبت للمرأة؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ كما لو أسلم الرجل وتحته أختان.

والصحيح: المنع، ولكن يفرق بينهما؛ لأنه لو ثبت[6] لها الخيار، فلا بد أن تختار واحدًا منهما لتقرير النكاح، وآخر للفرقة، وقول المرأة لا يعتبر في تقرير النكاح؛ ولهذا لا يصح منها الرجعة بإذن الزوج.

وإن كان اعتقادهم عدم الجواز، فإن عقدا عليها في دفعة واحدة، فلا تقر مع واحد منهما.

وإن وقع أحد العقدين بعد الآخر، فنكاح الأول [صحيح دون غيره][7].

---

(١) سقط في س.
(٢) سقط في د.
(٣) زاد في س: ليال.
(٤) زاد في س: ليال.
(٥) في س: حد.
(٦) في د: فت.
(٧) في س: دون الثاني صحيح.

قال: **وإن أسلم وتحته أمٌّ وبنت.**

اعلم: أنه لا بد من تقديم قاعدة يبنى عليها حكم هذه المسألة، وهي أن أنكحة الكفار الذين[1] يعتقدون صحتها ما حكمها؟ وفيها ثلاثة أقاويل، نقلها بعضهم أقوالاً، وبعضهم وجوهًا:

أصحها: أنها محكوم لها بالصحة، ولم يذكر في الشامل سواها في بابها، وإن حكى غيرها في التفريع؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱمۡرَأَتُهُۥ حَمَّالَةَ ٱلۡحَطَبِ﴾ [المسد: ٤]، وقوله تعالى: ﴿وَقَالَتِ ٱمۡرَأَتُ فِرۡعَوۡنَ﴾ [القصص: ٩]، ولما روي أنه - ﷺ - قال[2]: «وُلِدتُ مِن نِكَاحٍ لاَ مِن سِفَاحٍ»[3].

وأيضًا: أنهم يقرون عليها بعد الإسلام، والفاسد لا ينقلب[4] صحيحًا بالإسلام، والتقرير على الفاسد محال، ولو ترافعوا إلينا لم يفرق بينهم.

ثم هذا القائل يقول: إن اتصلت بالإسلام، وكانت تفارق الشرع؛ لأمر يئول[5] إلى العدد والجمع، مثل أن يسلم على عشر نسوة، أو على أختين - فقد صحت الأنكحة على العشر، والأختين في الشرك، ثم الإسلام يدفع إحدى الأختين

---

(١) في س: الذي.
(٢) في س: ولقوله ﷺ.
(٣) أخرجه الطبراني في الكبير (١٠/ ٣٩٩) برقم (١٠٨١٢)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١٩٠)، والبغوي في معالم التنزيل (٢/ ٣٤١)، من طرق عن أبي الحويرث عن ابن عباس مرفوعًا، بلفظ: «ما ولدني إلا نكاح كنكاح الإسلام».
وابن سعد في الطبقات (١/ ٥٠، ٥١) من طريق عكرمة عن ابن عباس - رضي الله عنهما- بلفظ: «خرجت من لدن آدم من نكاح غير سفاح».وفي الباب من حديث علي بن أبي طالب، وأم المؤمنين عائشة رضي الله عنهما.
حديث علي بن أبي طالب أرضي الله عنه-:
أخرجه ابن سعد في الطبقات (١/ ٥٠)، والطبراني في الأوسط (٥/ ٨٠)، رقم (٤٧٢٨)، وابن جرير في تفسيره (٦/ ٥٢٢)، رقم (١٧٥١٩)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١٩٠)، والسهمي في تاريخ جرجان ص (٣٦١)، من طرق محمد بن جعفر بن علي بن الحسين، قال: أشهد على أبي لحدثني عن أبيه، عن جده، عن علي بن أبي طالب مرفوعًا بلفظ: «خرجت من نكاح ولم أخرج من سفاح من لدن آدم إلى أن ولدني أبي وأمي، لم يصبني من سفاح الجاهلية شيء».
حديث عائشة - رضي الله عنها-:
أخرجه ابن سعد في الطبقات (١/ ٥١) من طريق الزهري عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «خرجت من نكاح غير سفاح».
ينظر: الدر المنثور (٣/ ٥٢٥)، في تفسير الآية (١٢٨) من سورة التوبة.
(٤) في د: يتغلب.
(٥) في س: يؤول.

والنسوة الزائدات على الأربع على الإبهام.

والثاني: أنها فاسدة؛ لأنهم لا يراعون حدّ الشرع وشروطه، وتصحيحه بعد الإسلام رخصة، وعدم التفريق؛ رعاية للعهد أو الذمة.

وضعف الإمام هذا القول ووجهه في الذخائر - [أي][(١)]: التضعيف - بأن التحليل يحصل بوطء الذمي مع أن الصحيح من المذهب: أن النكاح الفاسد لا يحصل به الإحلال.

وأيضًا: فإن النبي ﷺ رجم يهوديين زنيا، وجعلهما محصنين[(٢)]، والإحصان لا يحصل بالنكاح الفاسد.

والثالث: أنا نتوقف فيها إلى الإسلام، فما يقرون عليه إذا أسلموا تبين لنا صحته، وما لا، فلا.

ثم هذا الخلاف مخصوص بالعقود التي يحكم بفساد مثلها في الإسلام، أو يجري في مطلق عقودهم؟ قال الرافعي: قضية كلام أبي سعيد وغيره. الأول.

---

(١) سقط في د.

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٥٦٠- ٥٦١) كتاب الحدود، باب: رجم اليهوديين، حديث (٤٤٥٠)، وعبد الرزاق (٧/ ٣١٦) برقم (١٣٣٣٠)، والبيهقي (٨/ ٢٤٦، ٢٤٧) من طريق الزهري قال: سمعت رجلا من مزينة ممن يتبع العلم وبعيه، ثم اتفقا: ونحن عند سعيد بن المسيب، فحدثنا عن أبي هريرة، وهذا حديث معمر، وهو أتم. قال: زنى رجل من اليهود وامرأة فقال بعضهم لبعض: اذهبوا بنا إلى هذا النبي فإنه نبي بعث بالتخفيف، فإن أفتانا بفتيا دون الرجم قبلناها واحتججنا بها عند الله قلنا: فتيا نبي من أنبيائك، قال: فأتوا النبي ﷺ وهو جالس في المسجد في أصحابه، فقالوا: يا أبا القاسم، ما ترى في رجل وامرأة [منهم] زنيا؟ فلم يكلمهم كلمة حتى أتى بيت مدراسهم، فقام على الباب فقال: «أنشدكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى ما تجدون في التوراة على من زنى إذا أحصن» ؟ قالوا: يحمم، ويجبه ويجلد، والتجبيه: أن يحمل الزانيان على حمار ويقابل أقفيتهما، ويطاف بهما، قال: وسكت شاب منهم، فلما رآه النبي ﷺ سكت ألظ به النشدة؛ فقال: اللهم إذا نشدتنا فإنا نجد في التوراة الرجم، فقال النبي ﷺ: «فما أول ما ارتحصتم أمر الله» ؟ قال: زنى ذو قرابة من ملك من ملوكنا فأخر عنه الرجم، ثم زنى رجل في أسرة من الناس فأراد رجمه، فحال قومه دونه، وقالوا: لا يرجم صاحبنا حتى تجيء بصاحبك فترجمه فاصطلحوا على هذا العقوبة بينهم، فقال النبي ﷺ: «فإني أحكم بما في التوراة» فأمر بهما فرجما.

وهذا إسناد ضعيف لضعف أو جهالة الرجل المزني.

وفي الباب عن ابن عباس، وعبد الله بن الحارث رضي الله عنه وأصل قصة اليهوديين في الزنا والرجم، دون ذكر الإحصان في الصحيحين من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

وفي النهاية: أن من حكم[(١)] بفساد أنكحتهم يلزمه ألاَّ يفصل بين ما يقع منها على شرط الشرع وبين ما يخالفه، والمصير إلى [أن][(٢)] نكاحًا يعتقدونه على شرط الشرائع كلها فاسد - مذهب لا نعتقده.

وفي الحاوي: أن الذي عليه الجمهور: أنها ليست على ثلاثة أقوال، بل على ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يوجد النكاح بالشرائط مع انتفاء الموانع؛ فهذا النكاح صحيح.

الثانية: أن يوجد مع المانع وفقد الشرائط، فهو باطل، لا يقر عليه.

الثالثة: أن يوجد مع الخلو عن الموانع، ولكن مع اختلال[(٣)] الشرائط: كفقد الولي، أو الشهود، أو[(٤)] اللفظ الخاص، وهي معفو[(٥)] عنها؛ فيقر[(٦)] عليه [بعد][(٧)] الإسلام.

فعلى الأول: إن قلنا بالفساد، أو بالوقف، لا مهر لكل امرأة غير مدخول بها، اندفع نكاحها بإسلام الرجل، ولا متعة.

وإن قلنا بالصحة، وجب نصف المهر المسمى إن كان صحيحًا، ونصف مهر المثل إن كان فاسدًا، والمتعة إن لم يسم شيئًا.

وقال الشيخ أبو حامد الأسفراييني: لا مهر للمندفعة، ولم يحك فيه خلافًا، ولم ينبه على الخلاف في صحة أنكحتهم.

أما إذا كان الاندفاع بإسلامها، فلا شيء لها في[(٨)] المهر، وكذلك المتعة؛ لأن الفراق جاء من جهتها؛ كما سيأتي شرحه إن شاء الله تعالى.

وقد روي فيه قول: أنه يجب لها نصف المهر؛ لأنها محسنة بالإسلام؛ فكان من حقه أن يوافقها، فإذا امتنع نسب الفراق إلى تخلفه.

والظاهر الأول

ثم عن القفال [أنه عد][(٩)] من صور الاندفاع: ما إذا نكح المشرك محرمًا له، ثم أسلم، وجعل وجوب نصف المهر على القولين.

---

(١) في س: يحكم.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: اختلاف.
(٤) في س: و.
(٥) في س: معقود.
(٦) في س: متعد (هكذا).
(٧) سقط في س.
(٨) في س: من.
(٩) سقط في س.

ورأى الإمام القطع بأنه لا شيء للمحرم من المهر، وقال: لا نقول بأن العقد انعقد عليها، ثم اندفع وانفسخ بالإسلام.

قال الرافعي: والمطلق في إطلاق الغزالي وغيره - الأول.

رجعنا إلى مسألة الكتاب، وهي ما إذا أسلم وتحته أم وبنت، وأسلمتا معه -أي: في حالة واحدة- فإن كان قد دخل بهما، انفسخ نكاحهما، أي: وحرمتا على التأبيد:

أما نكاح البنت؛ فبالدخول بالأم.

[وأما][1] نكاح الأم؛ فبالدخول بالبنت، وبالعقد عليها؛ إن قلنا بصحة أنكحتهم، ولكل واحدة منهما المسمى الصحيح إن قلنا بصحة أنكحتهم، وإلا فمهر المثل.

[قال:][2] وإن لم يدخل بواحدة منهما، ففيه قولان:

أحدهما - وهو اختيار المزني-: أنه يثبت نكاح[3] البنت، ويبطل[4] نكاح الأم.

والثاني: وهو الأصح-: أنه يختار أيتهما شاء، وينفسخ نكاح الأخرى، وهما مبنيان عند جماهير الأصحاب على الخلاف في صحة أنكحتهم وفسادها؛ إن صححناها[5] تعينت البنت، وإلا تخير.

وقضية هذا البناء ترجيح [هذا][6] القول الذي اختاره المزني، وهو تعين[7] البنت، وإليه ذهب الشيخ أبو علي والصيدلاني [والإمام ومن تابعه وصاحب التهذيب، لكن الذي رجحه الشيخ قول التخيير][8]، وهو اختيار الشيخ أبي حامد ومن تابعه.

وضعف الإمام البناء على قول الفساد، وقال: لم يصر محقق إلى أن نكاح المشرك [لا][9] حكم له وكيف - يستجيز المستجيز هذا مع المصير إلى إيجاب الإمساك إلا أن يطلق، بل الوجه[10] البناء على قول الصحة والوقف:

---

(١) في د: أما.
(٢) بياض في س.
(٣) في د: النكاح.
(٤) في س: يتفتح.
(٥) في س: صححنا.
(٦) سقط في د.
(٧) في س: تعيين.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في د.
(١٠) في س: القول.

فإن قلنا بالصحة: فسخنا نكاح الأم، وأثبتنا نكاح البنت.

وإن قلنا بالوقف؛ فحقيقته أنا عند الاتصال بالإسلام، نتبين تصحيح ما يقع عليه الاختيار؛ فيسند إلى حالة النكاح في الشرك.

فعلى هذا: لا يثبت القول بصحة [النكاح للبنت][1]؛ كما لا يقطع به نكاح الأم، فإذا أسلموا أجزناه.

وإلى هذا البناء ميل ابن الصباغ والشيخ في المهذب.

ومن أصحابنا من قال: القولان مبنيان على القولين في أن الاختيار ابتداء نكاح أو استدامة؟

وقال الصيدلاني: إنه تتعين البنت للإمساك، ويبطل نكاح الأم قولاً واحدًا.

وفرّع ابن الحداد حكم المهر على القولين، [فقال][2]: إن قلنا بالتخيير، فللمفارقة نصف المهر؛ لأنه رفع نكاحها بإمساك الأخرى.

فإن قلنا بتعين البنت، فلا مهر للأم؛ لأن نكاحها اندفع بغير اختياره[3]؛ لأن التخيير مبني على أن أنكحتهم فاسدة، فالتي فارقها كأنه لم ينكحها قط حتى يجوز لابنه[4] أن ينكحها، وإذا لم يكن نكاح ولا دخول، فلا مهر.

وإن عين البنت فللأم نصف المهر؛ لصحة نكاحها واندفاعه بالإسلام.

ومال الإمام إلى أنه لا يجب المهر على هذا - أيضًا - لأنه صح نكاح البنت؛ فتصير الأم محرمًا، وإيجاب المهر للمحرم بعيد؛ وهذا بناء على أصله في أن المحرم لا يستحق المهر كما تقدم.

قال: **وإن دخل بالبنت دون الأم، ثبت نكاح البنت**؛ لأنه لم يدخل بالأم، والعقد عليها لا يحرم البنت، وانفسخ نكاح الأم؛ لأنها حرمت بالدخول بالبنت وبالعقد عليها - أيضًا - إن قلنا بصحة أنكحتهم، [ولا مهر للأم][5] على قول ابن الحداد.

وعلى طريقة القفال يجب نصف المهر إذا صححنا أنكحتهم.

قال: **وإن دخل بالأم دون البنت، ففيه قولان**:

---

(١) في س: نكاح البنت.
(٢) سقط في س.
(٣) زاد في س: وصفه، وقال القفال: ....، ... وبالعكس إن خيرناه فلا...
(٤) زاد في د: ووارثه.
(٥) سقط في س.

أحدهما: ينفسخ نكاحهما، وحرمتا [عليه](١) **على التأبيد**؛ وهذا تفريع على [القول بصحة](٢) أنكحتهم.

أما تحريم الأم؛ فبالعقد على البنت.

وتحريم البنت بالدخول بالأم.

والثاني - وهو الصحيح-: أنه يثبت نكاح الأم؛ إذ لا مفسد(٣) له، وينفسخ نكاح البنت بالدخول بالأم؛ وهذا تفريع على قول الوقف أو الفساد على ما تقدم.

قال: **وإن أسلم [الحر]**(٤) **وتحته أربع إماء، فأسلمن معه** - أي: في حالة واحدة، [قبل الدخول](٥) أو في العدة بعد الدخول - **فإن كان ممن يحل له نكاح الإماء اختار واحدة منهن**؛ لأنه يجوز أن يبتدئ نكاحها؛ فجاز اختيارها؛ كالحرة، وينفسخ نكاح البواقي.

وحكى في «التتمة» قولاً: أنه يثبت نكاح الأربع إماء؛ [بناء](٦) على أن الاختيار يلحق بالاستدامة اعتبارًا بالرجعة.

قال الشيخ في المهذب: الفرق بينه وبين الرجعة أن الرجعة [سد](٧) ثلمة في النكاح، والاختيار إثبات نكاح في المرأة؛ فصار كابتداء العقد.

وإن كان ممن لا يحل له نكاح الإماء انفسخ نكاحهن؛ لأنه لا يجوز له ابتداء نكاح واحدة منهن؛ فلا يجوز له اختيارها؛ كالمعتدة من غيره، وذوات المحارم.

ويجري فيه الوجه المحكي في «التتمة»، وهو مذهب أبي ثور.

أما إذا لم يسلمن، فإنه لا يختار واحدة منهن، سواء كن وثنيات أو كتابيات؛ إذ نكاح [الأمة](٨) الكتابية غير جائز.

قال: [فإن](٩) **نكح حرة وإماء وأسلمت الحرة معه، ثبت نكاحها، وانفسخ نكاح الإماء**؛ لأنه لا يجوز أن يبتدئ نكاح أمة مع وجود حرة؛ فلا يجوز أن يختارها.

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: صحة.
(٣) في س: مفسرة.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د، س.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في التنبيه، وفي س: وإن.

وفيه الوجه المحكي في «التتمة».

وإن لم تسلم الحرة وأسلم الإماء وقف أمرهن على إسلام الحرة، فإن أسلمت قبل انقضاء العدة، لزم نكاحها - أي: على المذهب - وانفسخ نكاح الإماء؛ لأن الإسلام في العدة بمنزلة المقارن.

وهكذا الحكم فيما لو أسلم على إماء، فتخلفت واحدة منهن، ثم أعتقت، وأسلمت في العدة؛ فإنه يثبت نكاحها ويندفع نكاح الإماء(١).

قال: وإن لم تسلم حتى انقضت العدة، كان له أن يختار واحدة من الإماء؛ إذ ظهر أنها بانت باختلاف الدين فأشبهت ما إذا تمحضت الإماء.

[وهكذا الحكم فيما لو ماتت قبل الإسلام](٢).

فرع: لو اختار واحدة من الإماء قبل إسلام الحرة، ثم ماتت الحرة، أو لم تسلم حتى انقضت العدة، نقل المزني في المختصر: أنها تثبت.

قال الإمام: فمن الأصحاب من غلطه، والصحيح صحة النقل، وحكمه على القولين في وقف العقود.

قال: وإن أسلم وتحته إماء، وهو موسر، فلم يسلمن حتى أعسر، ثم أسلمن - كان له أن يختار واحدة منهن(٣)، هذا نصه؛ لأنه لما عسر اعتبار الشرائط حالة العقد، كان أولى الأوقات باعتبارها حالة الاختيار، وذلك حالة الاجتماع في الإسلام، فإن الأمة لو تخلفت، وأسلم الزوج، فاختيارها غير ممكن وإن كانت كتابية؛ فإن الأمة الكتابية لا تكون منكوحة لمسلم؛ وإن أسلمت الأمة، وتخلف الزوج، فاختيار الكافر المسلمة محال؛ فتعين اعتبار أول حالة الاجتماع في الإسلام؛ فإنه أول الإمكان.

فإن قيل: أليس قلتم: لو كان تحته حرة وإماء، فتأخر الإماء، وماتت الحرة بعد أن أسلمت، ثم أسلم الإماء - لم يكن له أن يختار واحدة منهن، وإن كان - وقت الاختيار - ليس تحته حرة، وكل من عدم اليسار وفقد الحرة من شرائط صحة نكاح الأمة؟

فالجواب: أن من الأصحاب من نقل جواب كل مسألة إلى الأخرى، وجعلهما على قولين.

---

(١) في س: الأمة.
(٢) سقط في د.
(٣) في التنبيه: من الإماء.

ومنهم من فرق بوجوه:

أحدها: أن حكم نكاح الحرة بعد موتها باق؛ بدليل الإرث، وجواز تغسيلها ووجوب الكفن عليه على رأي، وليس لليسار الفائت حكم حتى يقام الأثر مقام المؤثر.

والثاني: أن المرأة إذا أسلمت وتعينت حُسِبَتْ على الزوج ولم يؤثر موتها، ألا ترى أنه لو أسلم وتحته خمس نسوة، ثم أسلمت واحدة، فاختارها، ثم أسلمت البواقي، لم يكن له إمساكهن، وإنما يمسك ثلاثًا منهن.

والثالث قاله الإمام: أن الأمر في الحرة أعظم وأظهر من اليسار؛ فلا ينزل منزلتها، ألا ترى أنه لو كان في نكاحه حرة رتقاء أو غائبة - لم ينكح الأمة، ولو كان ماله غائبًا لا يصل إليه إلا بعد زمان طويل يجوز له نكاح الأمة؛ هذا آخر كلامه في الفرق.

ونقل عن أبي يحيى البلخي: أن المعتبر في اليسار والإعسار وجوب العنت حالة إسلام أحدهما، ولا يعتبر حالة الاجتماع، حتى لو نكح أمة في الشرك -مثلا- ثم أسلم وهي متخلفة، ولما أسلم كان معسرًا خائفًا من العنت، ثم أسلمت وهو موسر وذلك في العدة - فله إمساك الأمة.

قال الإمام: وهذا الذي ذكره سخيف لا يساوي الذكر، ولو أسلم وأسلمت معه واحدة، ثم أسلمت الباقيات، وهو معسر، كان له أن يختار واحدة من الباقيات.

وقال ابن الصباغ: ليس له أن يختار واحدة منهن؛ لأن بإسلام الأولة دخل وقت الاختيار؛ ألا ترى أنه لو كان معسرًا - كان له أن يختارها، فإذا كان موسرًا، فقد بطل اختياره.

ولو أسلم وتحته ثلاث إماء، فأسلمت واحدة معه وهو معسر، ثم أسلمت ثانية وهو موسر، ثم أسلمت الثالثة وهو معسر، فيندفع نكاح الثانية، ويتخير بين الأولى والثالثة؛ وهذا مبني على ظاهر المذهب.

فرع[1]: لو أسلم معه واحدة من الإماء، فله أن يختارها للبقاء دون الفسخ.

قلت: وكان يحتمل ألاَّ يصح اختيارها للبقاء - أيضًا - لاحتمال أن تُفيق

(١) في س: قال.

واحدةٌ من الباقيات، ثم تسلم قبل انقضاء عدتها، فإنه يندفع بذلك نكاح الإماء ويصير ذلك كما لو أسلم وتحته حرة وأمة، وأسلمت الحرة، وتخلفت الأمة.

قال: **لو أسلم**[1] **عبد وعنده أربع نسوة، وأسلمن معه، اختار منهن اثنتين،** سواء كن حرائر أو إماء؛ إذ لا يجمع بين أكثر منهما؛ كما تقدم ذكره؛ فالزيادة عليهما في حقه كالزيادة على الأربع في حق الحر، وقد تقدم حكم ذلك.

فرع: إذا كن حرائر، هل يثبت الخيار لمن اختارها بعد الإسلام؟ فيه وجهان:

أظهرهما: - على ما ذكره الإمام والمتولي - المنع؛ لأنها رضيت برقهِ أولاً ولم يحدث فيها عتق.

والثاني: يثبت؛ لأن الرق نقص في الإسلام؛ من حيث إن الحر لا يساوي الرقيق في الأحكام، وفي الشرك لا يتميز الحر عن الرقيق؛ وهذا ظاهر النص.

قال الداركي: وهذا الخلاف في أهل الحرب، فأما الذمية مع الذمي، فلا خيار لها؛ لأنها رضيت بأحكامنا.

قال: **فإن أسلم، وأعتق ثم أسلمن؛ أو أسلمن ثم عتق، ثم أسلم - ثبت نكاح الأربع** - أي: إذا كن حرائر - لأن الاعتبار بوقت الاختيار، وهو فيه ممن يحل له الجمع بين أربع نسوة، وهكذا الحكم فيما لو أسلم معه واحدة، ثم أعتق ثم أسلمت الباقيات.

وعن القاضي ابن كج أن أبا الحسين حكى وجهًا: أنه لا يثبت نكاح الأربع، ويختار منهن اثنتين.

أما لو أسلم معه اثنتان، ثم عتق، ثم أسلمت الباقيات، فليس له إلا اختيار اثنتين، إما الأوليين أو الباقيتين، أو واحدة من الأوليين وواحدة من الباقيتين.

والفرق بين هذه الصورة وبين الصورة الأولى على المذهب: أنه إذا لم تسلم إلا واحدة، لم تكمل عدة[2] العبيد، فإذا أسلمت اثنتان، ثم عتقن، فقد كمل[3] عدد العبيد قبل العتق، فحدوث الحرية من بعد لا يفيد زيادة عليه.

وشبه الأصحاب الصورتين بما إذا طلق العبد امرأته طلقتين، ثم عتق، لم يملك بالعتق طلقة ثالثة، ولم يكن له نكاحها إلا بمحلل. ولو طلقها طلقة، ثم

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: عدد.
(٣) في د: حمله.

عتق، ونكحها أو راجعها، ملك الطلقتين.

أما إذا كن الأربع إماء أسلمن، ولم يعتق، فلا يختار إلا واحدة بشرائط نكاح الأمة.

ولو أسلم معه اثنتان - والصورة هذه - ثم عتق، ثم أسلمت المتخلفات - لم يكن له إمساك الأربع، بل له اختيار اثنتين، ولا يجوز اختيار المتخلفتين، ويجوز اختيار الأوليين، وهل يجوز أن يختار واحدة من الأوليين وواحدة من الأخريين؟ فيه وجهان:

أصحهما: المنع.

وعن القاضي الحسين: أنه يجوز[١] اختيار الأخريين.

ولو أسلمت معه واحدة، ثم عتق، ثم أسلمت الباقيات، ولم يعتقن[٢] - قال في التتمة: لا يختار إلا واحدة على ظاهر المذهب، وهذا هو الجواب في التهذيب[٣].

قال الرافعي: لكن قياس الأصل الذي سبق أن يجوز له اختيار اثنتين؛ لأنه لم يستوف عدد العبيد قبل العتق.

وإذا قلنا: إنه لا يختار إلا واحدة، تتعين التي سبق إسلامها؛ كذا ذكره في التهذيب والتتمة.

وقال في التتمة: وعلى طريقة القاضي يختار واحدة من الجملة.

وعكس الإمام؛ فحكى عن القاضي: أن الأولى تتعين، وعده هفوة منه.

وعن سائر الأصحاب: أنه يختار من الجملة واحدة.

أما إذا عتقت البواقي في صورة إسلام الواحدة، ثم أسلمن - قال في التهذيب: له إمساك الكل.

قال: **وإن أسلم الزوجان، وبينهما نكاح متعة، أو نكاح شرط فيه خيار الفسخ متى شاءا أو شاء أحدهما، لم يقرا عليه.**

أما في المسألة الأولى، فلأنه إن كان بعد انقضاء المدة، لم يبق نكاح حتى يقرا عليه، وإن كان قبل انقضائها، فلم يعتقدا تأبيده، والنكاح عقد[٤] مؤبد.

---

(١) في د: لا يجوز.

(٢) في س: يعتق.

(٣) في د: المهذب.

(٤) زاد في س: غير.

أما إذا اعتقداه مؤبدًا، فيقرا عليه.

وأما في المسألة الثانية؛ [فلأنهما لا يعتقدان][(١)] لزوم النكاح، والنكاح عقد لازم.

ولو طلق المشرك امرأته ثلاثًا، ثم تزوجها قبل أن تنكح زوجًا غيره، ثم أسلما، لم يقرا عليه؛ لأنها لا تحل له قبل [أن يتزوجها زوج آخر][(٢)] فلم يقرا عليه، كما لو أسلم وتحته ذات محرم.

قلت: لو خرج ذلك على القولين في أن نكاحهم صحيح أو فاسد؟ لم يبعد[(٣)].

قال: **وإن أسلما وقد تزوجها في العدة، أو بشرط خيار الثلاث، فإن أسلما قبل انقضاء العدة، أو قبل انقضاء مدة**[(٤)] الثلاث، أقرا عليه:

أما في المسألة الأولى؛ فلأنها إذا لم تكن منقضية، لم يجز ابتداء النكاح عليها؛ فلم يجز التقرير؛ لأنا نعتبر حالة الاجتماع في الإسلام، ونقدر أن العقد إذ ذاك وجد.

وإذا كانت منقضية، جاز ابتداء العقد عليها؛ فجاز التقرير.

وخصص في «الرقم» هذا التفصيل بعدة النكاح [وأما إذا نكح معتدة عن الشبهة، ثم أسلما والعدة باقية، قال: يقران على النكاح][(٥)]؛ لأن الإسلام لا ينفي دوام النكاح مع عدة الشبهة؛ فلا يعترض عليه إذا لاقاه.

قال الرافعي: ولم يتعرض لهذا الفرق أكثرهم، والإطلاق يوافق اعتبار التقرير بالابتداء.

وأما في المسألة الثانية؛ فلأنهما في المدة، لم يعتقداه على صفة اللزوم فيها، ونحن وإن لم نراع في عقودهم الجارية في الشرك - شرائطَ الإسلام، فلا نثبت

---

(١) في د: فلأنها لا يعتقدون.
(٢) في د: تزوجها زوج.
(٣) قوله: ولو طلق المشرك امرأته ثلاثًا، ثم تزوجها قبل أن تنكح زوجًا غيره، ثم أسلما لم يقرا عليه؛ لأنها لا تحل له قبل زوج، فلم يقرا كما لو أسلم وتحته محرم.
قلت: لو خرّج ذلك على القولين في أن نكاحهم صحيح أو فاسد، لم يبعد. انتهى.
وهو يشعر بأنه لا خلاف في المسألة، وقد صرح جماعة بالتخريج المذكور، منهم الفوراني في «الإبانة». [أ و].
(٤) في د: المدة.
(٥) سقط في د.

ما لم يثبتوه بعد [انقضاء مدة الخيار][(١)] يعتقدان لزومه، فانتفى المانع[(٢)].

تنبيه: حكم مقارنة الخيار - والعدة إسلام أحدهما - حكم مقارنة إسلامهما؛ حتى لو أسلم أحدهما والعدة باقية، أو مدة الخيار باقية، ثم أسلم الآخر وقد انقضت - فلا يقران، هكذا حكاه الإمام عن الصيدلاني، ووافقه عليه، [وبه أجاب][(٣)] الغزالي، وصاحب التهذيب.

وعن القاضي الحسين: أنه لا يندفع النكاح بمقارنة العدة أو مدة الخيار؛ لإسلام أحدهما؛ لأن وقت الاختيار والإمساك هو وقت الاجتماع على الإسلام، فليكن النظر إليه.

فرع: لو وطئت بشبهة، ثم أسلما وهي معتدة عن وطء [الشبهة][(٤)]، أو سبق الزوج بالإسلام، ثم أحرم، ثم أسلمت المرأة - أقرا على النكاح، على أصح الوجهين.

والوجهان بناهما جماعة من الأئمة على أن الاختيار والإمساك [لعقد][(٥)] جرى في الشرك - جارٍ مجرى استدامة النكاح أو مجرى ابتدائه؟ وفيه قولان مستنبطان.

قال صاحب التتمة: وهذه القاعدة في التحقيق مبنية على أن أنكحتهم في الشرك صحيحة أم لا؟ فإن قلنا: إنها صحيحة، فالاختيار استدامة، وإلا فهو جار مجرى الابتداء.

لكن هذا البناء يقتضي أن يكون جريانها مجرى الاستدامة أظهر؛ لأن الصحيح صحة أنكحتهم، والمشهور في كلام الأصحاب ترجيح جريانه مجرى الابتداء، ونسبوا قول الاستدامة إلى أبي ثور. قال: وإن قهر[(٦)] حربي حربية على الوطء، أو طاوعته[(٧)]، ثم أسلما، فإن اعتقدا ذلك نكاحًا، أقرا عليه؛ لأنه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها؛ فأقرا عليه؛ كالنكاح بلا ولي ولا شهود.

وقال القفال: لا [يقران عليه؛ إذ لا أقل من صورة العقد.

وإن لم يعتقداه نكاحًا، لم][(٨)] يقرا عليه؛ لأنه ليس بنكاح في معتقدنا ولا معتقدهم.

---

(١) في د: انقضائه.
(٢) في د: المشاريع.
(٣) في د: من أجاب.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في س.
(٦) في د: ظهر.
(٧) في د: طلق عنه.
(٨) سقط في د.

وتخصيص الشيخ المسألة بالحربي؛ ليخرج ما لو قهر ذمي ذمية، ثم أسلما؛ فإنهما لا يقران عليه وإن اعتقداه نكاحًا؛ لأن على الإمام أن يدفع بعضهم عن بعض، بخلاف أهل الحرب.

والمستأمنون ليسوا كأهل الذمة في ذلك؛ إذ ليس على الإمام منع بعضهم من بعض، وإنما يلزمه بحكم الأمان أن يمنع عنهم من عليهم أحكام الإسلام.

فرع: لو أسلما على عقد نكاح يعتقدان فساده، قال الإمام: تردد فيه شيخي، والذي أراه: أنه، لا يقران على ما اعترفا بفساده؛ إذا كان فاسدًا في ديننا أيضًا، أما إذا كان صحيحًا في ديننا؛ فيتجه تقريرهما عليه إذا أسلما.

قال: **وإن ارتد الزوجان المسلمان** - أي: إما معًا، أو على التعاقب - فإن كان ذلك قبل الدخول، تعجلت الفرقة، وإن كان بعد الدخول، وقفت الفرقة على انقضاء العدة، فإن اجتمعا على الإسلام قبل انقضائها، فهما على النكاح، وإن لم يجتمعا حتى انقضت العدة، حكم بالفرقة؛ لأنه انتقال من دين إلى دين يمنع ابتداء النكاح؛ فكان حكمه ما ذكرناه؛ كما لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين.

فرعان:

أحدهما: لو ارتد الرجل بعد الدخول، ثم أسلم، واختلفا؛ فقال الرجل: عدت إلى الإسلام قبل انقضاء العدة؛ فالنكاح قائم، وقالت المرأة: [بل][1] بعدها - فالحكم كما إذا اختلف الزوجان في إسلامه بعد إسلامها، وقد مرَّ.

الثاني: لو طلقها في زمن التوقف، أو ظاهر عنها أو آلى، توقفنا، [فإن][2] جمعهما الإسلام قبل انقضاء العدة - تبينَّا صحتها، وإلا فلا.

قلت: والوجه الذي حكاه الإمام عن بعض الأصحاب فيما إذا أسلم أحد الزوجين بعد الدخول، وطلق في زمن التوقف: أن الطلاق يخرج على وقف العقود - يتجه جريانه هنا.

وليس للزوج في مدة التوقف بسبب الردة أو الإسلام أن ينكح أختها[3]، ولا عمتها، ولا خالتها، ولا أربعًا سواها، ولا أمة، وإن كان ممن يجوز له نكاح الأمة؛ لاحتمال إسلامها، واستقرار النكاح به.

---

(١) سقط في د.

(٢) سقط في د.

(٣) في د: اختيار.

نعم: لو طلقها ثلاثًا في زمن التوقف، أو خالعها[١]، جاز له ذلك.

قال: **وإن انتقل المشرك من دين إلى دين يقرّ أهله عليه** - أي: والأول كذلك - كما إذا تهود النصراني، [أو تنصر اليهودي][٢] - ففيه قولان:

أحدهما: يقرّ عليه؛ لأنه دين يقرّ أهله عليه؛ فإذا انتقل إليه أقر عليه؛ كالإسلام؛ [وهذا هو المنصوص في المختصر، والأصح عند القاضي أبي حامد والبغوي][٣].

والثاني: لا يقر عليه؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن يَبْتَغِ غَيْرَ ٱلْإِسْلَٰمِ دِينًا فَلَن يُقْبَلَ مِنْهُ﴾ [آل عمران: ٨٥]؛ ولأنه أحدث دينًا باطلا بعد اعترافه ببطلانه؛ فلا يقر عليه؛ كما إذا ارتد المسلم، [وهذا أظهر في الحاوي في كتاب الجزية][٤].

وأجاب الأولون عن الآية بأنها محمولة على المسلم إذا ارتد، وفرقوا بينه وبين المرتد بأن المرتد بدل الدين الحق، وهنا هما متساويان [في البطلان][٥]

وفي التتمة: أن القولين مبنيان على أن الكفر ملة واحدة، أو ملل مختلفة؟

إن قلنا: ملل، لم يقر. وإلا أقر، كما يقر المسلم إذا انتقل من مذهب إلى مذهب.

قال الرافعي: [ولك][٦] أن تقول: لو كان هذا أصلًا لنا يبنى عليه هذان القولان، لأثبتنا مثلهما قولين في التوارث بين اليهودى والنصراني، وليس كذلك، نعم: قد حكينا أن بعضهم خرج وجهًا في منع التوارث من قولنا: إنه لا يقرّ [عليه][٧]، واستدل به على أن الكفر ملل مختلفة، وفرق بين أن يستدل بقولنا: لا يقر على الاختلاف، وبين أن يقر على الاختلاف.

التفريع:

إن قلنا: يقر، فحكمه حكم المتأصل[٨] في جميع الأحكام؛ [إن كان الدينان متساويين، أو الثاني دون الأول: كالنصراني إذا تمجس.

وإن كان الثاني أعلى: كالمجوسي إذا تنصر أو تهود - قيل: يجرى عليه حكم

---

(١) في د: خالتها.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في س.
(٦) في د: ذلك.
(٧) سقط في د.
(٨) في س: المفاضل.

الأول أو الثاني؟ فيه وجهان في الحاوي في كتاب الجزية.

وإن قلنا: لا يقر، فكذلك في جميع الأحكام][١].

قال: **وما الذي يقبل منه؟ فيه قولان:**

أحدهما: الإسلام - أي: فقط -وهو الأظهر عند الإمام، والأصح في الذخائر؛ للآية، ولأنه أقر ببطلان المنتقل منه[٢]، وكان يقر ببطلان المنتقل إليه.

والثاني: الإسلام؛ لأنه الدين الحق، أو الدين الذي كان عليه؛ لأنه كان مقرا عليه.

فلو أبى الإسلام على القول الأول، أو الإسلام والعود إلى ما كان عليه جميعًا على القول الثاني - فقولان [في تعليق القاضي أبي الطيب،][٣] ويقال: وجهان:

أحدهما: أن يقتل كالمرتد، وهو الأصح في الذخائر، [وبه جزم في الحاوي في كتاب السرقة، قال: لأن الإبلاغ إلى المأمن يلزم بانتقاض العهد، وليس هذا منه نقضًا لذمته][٤].

وأشبههما على ما قاله الرافعي: لا، بل يلحق بالمأمن.

ولو انتقل يهودي أو نصراني إلى المجوسية، فهل يقر بالجزية؟ فيه القولان، وحكى طريقة قاطعة بالمنع؛ لكون المنتقل إليه دون الأول.

فإن قلنا: لا يقر؛ فالحكم كما تقدم.

وإن قلنا: يقر، فلا تحل ذبيحته، ولا النكاح إن كان الانتقال من امرأة، ولو كانت في نكاح مسلم تنجزت الفرقة؛ إن كان قبل الدخول، وإلا فإن أسلمت قبل انقضاء العدة، أو عادت إلى ما كانت عليه [وقنعنا به - دام][٥] النكاح بينهما، وإلا بان حصول الفرقة من حين الانتقال.

ولو انتقل من دين يقر عليه إلى دين لا يقرّ عليه؛ كما إذا توثّن اليهودى - لم يقرّ عليه؛ لأنه لو كان على هذا الدين في الأصل لم يقر عليه، فأولى إذا انتقل إليه، وهل لا يقبل منه إلا الإسلام، أو يقنع منه بالدين الذي كان عليه ، أو بدين يساوي المنتقل عنه؟ فيه ثلاثة أقوال:

---

(١) سقط في س.
(٢) في د: عنه.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) في د: وصفها دوام.

أصحها في المهذب: الأول؛ لأنه اعترف ببطلان كل دين سوى دينه، ثم بالانتقال عنه اعترف ببطلانه؛ فلم يبق إلا الإسلام.

وقال القاضي أبو حامد: الأخير أظهر.

وإذا وجد هذا الانتقال من كتابية تحت مسلم، ينفسخ النكاح؛ إن كان قبل الدخول، وإن كان بعده: فإن رجعت في العدة إلى الدين الذي تقر عليه، استمر النكاح، وإلا تبين ارتفاعه(١) من وقت الانتقال.

ولو انتقل من دين لا يقر عليه إلى دين يقر عليه؛ كالوثني إذا تهود، أو تنصر، أو تمجس - لم يقر عليه [؛ إن كان ذلك بعد مبعث النبي ﷺ](٢) ولم يقبل منه إلا الإسلام؛ كالمرتد.

وإذا تأملت ما ذكره الشيخ(٣) علمت أن الانتقال من دين باطل إلى دين باطل يبطل الفضيلة التي كانت في الأول، ولا يُفيد(٤) فضيلة لم تكن في الأول.

تنبيه: حيث [قلنا: لا يجوز أن يقر على الدين المنتقل إليه، ويقنع منه بالعود إلى الدين الذي كان عليه](٥) لا يؤمر بالعود إليه، بل يقال له: لا يقبل منك إلا الإسلام، فإن عاد إلى دينه الأول، لم يتعرض له بعد؛ وهذا كما قلنا فيمن حكم بإسلامه تبعا للدار؛ [وهذه طريقة أبي إسحاق.

وحكى الماوردي في كتاب الجزية: أن ابن أبي هريرة قال](٦)(٧): إنه يجوز أن يدعى إلى الإسلام وإلى دينه الأول، ولا يكون ذلك أمرًا بالعود إلى الكفر، بل يكون إخبارًا عن حكم الله تعالى؛ كما ندعوه إلى الجزية، ولا يقال: عرض الجزية أمر بالمقام على الكفر، والله أعلم.

* * *

(١) في د، س: اندفاعه.
(٢) سقط في س.
(٣) في د: المشهور.
(٤) في د: يقيس.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في س.
(٧) زاد في د: ونقل الجيلي عن البحر.

كتاب الصداق

الصَّداق: بفتح الصاد وكسرها.

ويقال: صَدُقة: بفتح الصاد، وضم الدال، وصُدْقة: بضم الصاد وإسكان الدال؛ أربع لغات.

وأصدقتُ المرأة: سميتُ لها صداقًا.

ومهرتها أَمهُرها - بضم الهاء - وأمهرتها لغتان.

وهو اسم للمال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطء.

ومجموع أسمائه سبعة، نطق بها الكتاب والسنة:

فأما ما ورد به الكتاب، فأربعة: الصداق، والنحلة، والفريضة، والأجر.

والذي وردت به السنة ثلاثة: المهر، والعقد، والعليقة(١).

والصداق: مأخوذ من الصدق، وهو الشديد القلب(٢)، فكأنه أشد الأعواض ثبوتًا؛ من حيث إنه لا يسقط بالتراضي.

والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع:

قال الله - تعالى - ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤]، والنحلة: الهبة، وإنما سمي: نحلة؛ لأن كل واحد من الزوجين يستمتع بالآخر؛ فيحصل [للمرأة](٣) [مثل](٤) ما يحصل للرجل من الاستمتاع والألفة، ولعل حظها من الاستمتاع أوفر، لوفرة(٥) شهوتها، فجعل الصداق لهن كأنه عطية من غير عوض.

وقيل نحلة، أي: عطية من الله تعالى.

---

(١) قوله: فأما ما ورد به الكتاب، أي: من الأسماء، فأربعة: الصداق، والنحلة، والفريضة، والأجر، والذي وردت به السنة ثلاثة: المهر، والعقد، والعليقة. انتهى كلامه.
واعلم أن تعبيره بالعليقة ذكره النووي في لغات التنبيه، فتابعه عليه المصنف. والذي قاله القاضي عياض، والهروي في الغريبين أن العلاقة بالألف. [أ و].

(٢) في س: الصلب.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في س.

(٥) في س: لوفور.

وقيل: المراد بها الدين، يقال: فلان ينتحل بكذا، والمعنى: وآتوا النساء صدقاتهن تَدَيُّنًا.

وروي أن النبي - ﷺ - جاءته امرأة، فقالت: يا رسول الله، أني وهبت نفسي لك، فقام قيامًا طويلا، فقام رجلٌ، فقال: يا رسول الله، زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة، فقال - ﷺ -: «هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ تُصْدِقُهَا إِيَّاهُ ؟» فقال: ما عندي إلا إزاري[(١)]، فقال: «إِنْ أَعْطَيْتَهَا إِيَّاهُ، جَلَسْتَ فَلَا[(٢)] إِزَارَ لَكَ، فَالْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ»، فالْتَمَسَ فلم يَجِدْهُ، فقال: «هَلْ مَعَكَ شَيْءٌ مِنَ الْقُرْآنِ؟»، فقال: نعم، سورة كذا، وسورة كذا، فقال - ﷺ -: «زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»[(٣)]، وفي رواية: «زَوَّجْتُكَهَا؛ فَعَلِّمْهَا»[(٤)]، وانعقد الإجماع على ما يصح [جعله][(٥)] صداقًا: أنه يثبت بالتسمية الصحيحة.

قال: والمستحب ألَّا يعقد النكاح إلا بصداق، اقتداء برسول الله - ﷺ -؛ فإنه لم يعقد نكاحًا إلا وسمى فيه صداقًا؛ على ما حكاه ابن الصباغ والمتولي، وحتى لا يشبه نكاح الواهبة نفسها للنبي - ﷺ - وليكون أدفع للخصومة والمنازعة.

وإنما لم يكن [ذلك][(٦)] واجبًا؛ لأن الغرض الأعظم من النكاح - الاستمتاع ولواحقه، وأنه يقوم بالزوجين؛ [فهما الركنان][(٧)]؛ فيجوز إخلاء النكاح عن الصداق، وقد دل على ذلك - أيضًا - قوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦]، وقوله - ﷺ - لرجل: «أَتَرْضَى أَنْ أُزَوِّجَكَ فُلَانَةَ؟ قَالَ: نَعَمْ، فَقَالَ لِلْمَرْأَةِ: أَتَرْضَيْنَ أَنْ أُزَوِّجَكِ فُلَانًا؟» قالت: نعم؛ فزوج أحدهما صاحبه، فدخل بها، ولم يفرض لها صداقًا، ولم يُعْطِها شيئًا، وكان له سهم بخيبر، فلما حضرته الوفاة قال: إن رسول الله - ﷺ - زوجني فلانةَ، ولم يفرض لها صداقًا، ولم أُعْطِها شيئًا، وإني أشهدكم أني قد

---

(١) في د: أن أرى.
(٢) في س: فلا.
(٣) أخرجه البخاري (١٠/ ٢٣٩)، كتاب النكاح، باب: السلطان ولي (٥١٣٥)، ومسلم (٢/ ١٠٤٠)، كتاب النكاح، باب: الصداق (٧٦- ١٤٢٥).
(٤) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٤١) كتاب النكاح، باب: الصداق وجواز كونه تعليم القرآن وخاتم حديد، وغير ذلك من قليل وكثير، برقم (٧٧/ ١٤٢٥).
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في س.
(٧) في د: فهما الركن.

أعطيتها عن صداقها سهمي بخيبر، فأخذت سهمًا، فباعته بمائة ألف درهم»[(١)]، أخرجه أبو داود.

واعلم: أن هذا الاستحباب ثابت وإن كان الصداق لا يثبت بالتسمية؛ كما إذا زوج عبده من أمته، وقلنا بجوازه، وهو المذهب؛ على ما حكاه البغوي والمتولي في كتاب الصداق.

وقال ابن الصباغ في فصل[(٢)] تزويج العبد: [القديم:][(٣)] أنه يستحب ذكره.

وفي الجديد: إن شاء ذكره، وإن شاء ترك.

قال: وهذا أصح.

أما إذا قلنا بعدم جوازه؛ كما حكاه الرافعي في كتاب الرضاع وجهًا، أو قلنا يجب، ويسقط على أحد الوجهين، فقد امتنع التصوير.

قال: وما جاز أن يكون ثمنًا [في البيع][(٤)]، جاز أن يكون صداقًا - أي: قل أو كثر - فلا يتقدر بشيء.

وقال أبو ثور: إنه يتقدر بنصاب السرقة، وهو عنده خمسة دراهم.

لنا قوله - ﷺ -: «أَدُّوا الْعَلَائِقَ»، قيل: وما العلائق؟ قال: «مَا تَرَاضَى بِهِ الأَهْلُونَ»[(٥)].

وما رُوِي أن امرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين، فقال - ﷺ -: «رَضِيتِ مِنْ نَفْسِكِ وَمَالِكِ بِنَعْلَيْنِ؟!»، فقالت: نعم، فأجازه[(٦)]. أخرجه الترمذي، وقال فيه:

---

(١) أخرجه أبو داود (١/ ٦٤٤) كتاب النكاح، باب: فيمن تزوج ولم يسم صداقًا حتى مات، برقم (٢١١٧)، والحاكم (٢/ ١٨١)، والبيهقي (٧/ ٢٣٢).

(٢) بياض في س.

(٣) سقط في س.

(٤) سقط في د.

(٥) أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٤٤)، وابن عدي في الكامل (٦/ ١٨١) في ترجمة محمد بن عبد الرحمن البيلماني، ورواه البيهقي في الكبرى (٧/ ٢٣٩) عن ابن عمر، والبيهقي (٧/ ٢٣٩) بلفظ المصنف عن ابن عباس، وكذلك الطبراني في الكبير (١٢/ ٢٣٩) رقم (١٢٩٩٠) بنحوه.

(٦) أخرجه الترمذي (٣/ ٤٢٠) كتاب النكاح، باب: مهور النساء، حديث (١١١٣)، والطيالسي (١١٤٣)، وأحمد (٣/ ٤٤٥)، وابن ماجه (١/ ٦٠٨) كتاب النكاح، باب: صداق النساء، الحديث (١٨٨٨)، والبيهقي (٧/ ٢٣٩) كتاب الصداق، باب: ما يجوز أن يكون مهرًا، من طريق عاصم بن عبيد الله قال: سمعت عبد الله بن عامر بن ربيعة يحدث عن أبيه؛ أن امرأة من فزارة جيء بها إلى النبي ﷺ قد تزوجت على نعلين، قال: فأجازه.

قال الترمذي: حسن صحيح.

=

حديث حسن صحيح.

ولأنه بدل منفعتها؛ فكان تقدير العوض إليها؛ كأجرة منافعها.

نعم: يستحب ألَّا ينقص عن عشرة دراهم، ولا يزيد على صداق[(١)] زوجات النبي ﷺ وبناته - رضي الله عنهن - وهو اثنتا عشرة[(٢)] أوقية ونش[(٣)] على ما روته عائشة.

والنش[(٤)]: نصف أوقية[(٥)]، والأوقية: أربعون درهمًا، مجموع ذلك خمسمائة درهم.

وهذا الاستحباب تخاطب به المرأة المالكة لأمر نفسها، والسيد في تزويج أمته، فأما المولى[(٦)] إذا زوج موليته المحجور عليها، فليس له أن ينزل عن مهر مثلها على ما سيأتي بيانه.

قال: فإن ذكر صداقًا في السر، وصداقًا في العلانية، فالصداق ما عقد به العقد، وهذا نصه في الإملاء، واختيار المزني؛ لأن الصداق يجب بالعقد؛ فوجب ما[(٧)] عقد به.

وروى عن الشافعي: أنه قال: المهر مهر السر؛ اعتبارًا بما تواضعُوا عليه، واصطلحوا، والألفاظ لا تعنى لأعيانها، وإنما يقصد[(٨)] إلى معانيها.

وللأصحاب طريقان:

أحدهما - وهو مذهب العراقيين، والأصح - تنزيل النصين على حالين:

فحيث قال: المهر [مهر][(٩)] السر، أراد: ما إذا جرى العقد بألف في السر، ثم أتوا بلفظ العقد بألفين في العلانية مع اتفاقهم على بقاء العقد الأول.

= وقال البيهقي: عاصم بن عبيد الله تكلموا فيه، ومع ضعفه روى عنه الأئمة.

قال ابن أبي حاتم في العلل (١/ ٤٢٤) رقم (١٢٧٦): سألت أبي عن عاصم بن عبيد الله فقال: منكر الحديث يقال: إنه ليس له حديث يعتمد عليه، قلت: ما أنكروا عليه؟ قال: روى عن عبد الله بن عامر بن ربيعة عن أبيه؛ أن رجلا تزوج امرأة على نعلين، فأجازه النبي ﷺ. وهو منكر.

(١) في س: صدقات.

(٢) في الأصل: اثنتي عشر، وهو خطأ، والصواب ما أثبتناه.

(٣) في س: وش.

(٤) في س: والسنة.

(٥) تقدم.

(٦) في س: الولي.

(٧) في س: بما.

(٨) في س: يضطر.

(٩) سقط في س.

وحيث قال: المهر مهر العلانية، أراد: ما إذا تواعدوا [سرًّا،][١] ولم يعقدوا، وعقدوا في العلانية؛ لأن ما سبق وعد.

والطريق الثاني: إثبات قولين [في][٢] المسألة، و[٣] قال المزني: وهو مذهب المراوزة؛ وفي موضعها طريقان مذكوران في النهاية:

أحدهما: أن موضعها ما إذا اتفقوا على ألف، واصطلحوا على أن يعبروا عن[٤] الألف في العلانية بألفين.

والثاني: إثبات قولين، سواء اتفقوا على ألف، وجرى العقد بألفين، ولم يتعرضوا[٥] لتغيير اللغة، أو التعبير بالألفين عن الألف.

قال الإمام: وعلى هذه القاعدة تجري الأحكام المتلقاة من الألفاظ.

ثم ما المعنى بما[٦] أطلقناه من الاتفاق في السر، هل هو مجرد الرضا والتواعد؟ أم المراد ما إذا جرى العقد بألف في السر، ثم عقد بألفين في العلانية؟

قال الرافعي: منهم من يفسره بالأول، وقضية لفظ التهذيب وغيره - إثبات القولين وإن جرى العقدان.

ونقل عن الحناطي طريقًا ثالثًا[٧] في المسألة: أن الواجب مهر المثل، ونقد المسمى، وحمل [على][٨] ما إذا جرى العقد بألفين على شرط ألا يلزمه إلا أداء ألف.

وقال الجيلي: إن الخلاف في المسألة يمكن بناؤه على أن الشرط السابق هل هو كالمقارن أم لا؟

وهذا الذي ذكره فيه نظر؛ إذ الخلاف في أن الشرط السابق، هل هو كالمقارن؟ مأخوذ من هنا.

قال: **ولا يزوج ابنته الصغيرة** - أي: البكر - **بأقل من مهر المثل، ولا ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل** - أي: من مال الطفل - **لأن في ذلك إضرارًا بالمولى عليه**؛ فلا يجوز بيع ماله بدون ثمن المثل.

---

(١) سقط في س.
(٢) سقط في د.
(٣) زاد في س: به.
(٤) في س: على.
(٥) في د: يتعرض.
(٦) في د: ما.
(٧) في د: ثانيًا.
(٨) سقط في س.

وحكم البكر البالغ إذا زوجت بغير إذنها، والمجنونة، والمجنون - حكم الصغيرة[١] في ذلك.

قال: فإن نقص ذلك - أي: مهر البنت - وزاد هذا[٢] - أي: مهر زوجة الابن - وجب مهر المثل - أي: لها؛ لصحة النكاح، وبطلان التسمية، وبطلت الزيادة - أي: في المسألة الثانية؛ لأن تصرف الغير للغير منوط بالحظ والمصلحة، ولا حظ، ولا مصلحة في ذلك.

ونقل بعض الخراسانيين قولاً أن النكاح لا يصح، وإليه أشار القاضي؛ لأن النكاح على هذه الصورة لا يكون معقودًا على حكم الغبطة، والعقود المتعلقة بالغير إذا لم تتصف[٣] بالغبطة مردودة؛ كما لو زوجها من غير كفء.

وعلله الغزالي بأن الرضا لم يوجد إلا بالمسمى، ولم يثبت، فكيف يصح العقد بدون الرضا؟!

وفي النهاية حكاية قول: أنه إذا زوج ابنته بدون مهر المثل، أن المسمى يثبت، وإن كان قد ادعى إجماع الأصحاب على وجوب مهر المثل، وإن[٤] لم يصر أحد إلى انعقاد النكاح بالمقدار الذي سماه في باب التفويض.

وفي الحاوي في كتاب الرضاع عند الكلام في الغرم[٥]: أن ذلك مبني على أن الذي بيده عقدة النكاح من هو؟ فإن قلنا: إنه الزوج، لم يصح، وإن قلنا: إنه الولي، ففي جواز تزوجها[٦] بأقل من مهر المثل وجهان، والأصح المنع.

وفي الجيلي حكاية وجه عن بحر المذهب: أنه لا يجوز أن [يتزوج الصغير على الصغر][٧]، أما إذا كان المهر من مال الأب، ففيه احتمالان للإمام:

أحدهما: أنه يفسد المسمّى أيضًا؛ إذ ما نجعله صداقًا يدخل في ملك[٨] الابن.

والثاني: يصح، وتستحقه المرأة؛ لأن ملكه يحصل ضمنا، فلو لم نصححه، لفات على الابن جميع المهر، ولزم مهر المثل من ماله؛ وهذا ما أورده الغزالي، وصاحب التهذيب.

---

(١) في س: الصغير.
(٢) في س: عن هذا.
(٣) زاد في س: يكن متعلقًا.
(٤) في س: إنه.
(٥) في س: العدم.
(٦) في س: تزويجها.
(٧) في س: يزوج الصغير بمال الصغير.
(٨) في س: مال.

وفي [التتمة، و][(١)] أمالي أبي الفرج ترجيح الاحتمال الأول.

قلت: وما علل به الاحتمال الثاني من كونه يسقط الكل ممنوع، بل نقول: وجب أن يسقط الزائد على مهر المثل من المسمى؛ كما يسقط إذا كان الصداق[(٢)] من مال الابن - على ما سنذكره -؛ إذ هو الذي يلزم فيه المحظور، وتفريق الصفقة جائز على الصحيح.

واعلم أن قول الشيخ - رضي الله عنه-: بطلت الزيادة، يريد ما إذا زوج ابنه، وسمى لزوجته صداقًا، إما في الذمة، وإما معينًا[(٣)]، فكان الصداق زائدًا على مهر المثل، فإن الزوجة تستحق [قدر][(٤)] مهر المثل من المسمى، وتبطل الزيادة؛ وهذا ما حكاه الرافعي وجهًا هاهنا، وحكى فيما إذا أذن الولي للسيد[(٥)] في التزويج بامرأة معينة، فزوجها، وزاد على مهر المثل: أن الزيادة تسقط، ويجب مهر المثل.

وقال ابن الصباغ: القياس بطلان المسمى، والرجوع إلى مهر المثل.

والفرق: أن على التقدير الأول تستحق الزوجة قدر مهر المثل من المعين، وعلى الثاني يجب مهر المثل في الذمة؛ هذا آخر كلامه، وظاهره التناقض، بل الوجه التسوية بين الصورتين؛ كما ذكره في التهذيب؛ إذ لا فرق بينهما والله أعلم.

فرعان:

أحدهما: لو طلبت ابنته الصغيرة كفء بأكثر في مهر المثل، فزوجها من كفء آخر بمهر المثل، صح، ولا معترض عليه؛ قاله الإمام في أول كتاب الصداق.

الثاني: لو زوج ابنته البكر على صداق، وهو مهر مثلها من معسرٍ من غير رضاها، فالمذهب أنه لا يصح النكاح؛ لأنه بخس لحقها؛ كما لو زوجها من غير كفء، ذكره القاضي الحسين في الفتاوى.

قال: ولا يتزوج السفيه بأكثر من مهر المثل - أي: إذا عين له الولي المرأة أو القبيلة - لأن إذن الولي لا يتناول الزيادة عليه.

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: الإصداق.
(٣) في س : مُقيَّنا.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: للسفيه.

قال: فإن زاد بطلت الزيادة؛ لأنها تبرع، وهو ليس من أهله.

وفي «النهاية» أبدى احتمالاً فيما إذا لم يجد إلا امرأة واحدة، ولم ترض إلا بأكثر من مهر المثل والحاجة حاجة[١] على ما ذكره [وقد فهم مما تقدم معنى قوله: «بطلت الزيادة».

وحكى في «التتمة» طريقة توافق ما أبداه ابن الصباغ: أن المسمى يبطل ويجب][٢] مهر المثل.

قال: وهو القياس، والأول هو ظاهر النص.

وحكى ابن القطان أن بعض الأصحاب خرج وجهًا في بطلان النكاح.

قال: ولا يتزوج العبد بأكثر من مهر المثل، أي: إذا أذن السيد في التزويج، إما من معينة وإما على الإطلاق، ولم يعين له المهر؛ لأن مطلق الإذن لا يتناول إلا مهر المثل فما دونه؛ كما في الإذن في الشراء.

قال: ومهر امرأته في كسبه، وكذا نفقتها إن كان مكتسبا؛ لأنه لا يمكن إيجاب ذلك على السيد؛ لأنه لم يلتزمه، ولم يستوف منفعته.

ولا [يمكن إيجابه][٣] في رقبة العبد؛ لأنه وجب برضا من له الحق.

ولا [يمكن][٤] إيجابه في ذمته إلى أن يعتق؛ لأنه في مقابلة الاستمتاع؛ فلا يجوز تأخيره عنه؛ لما فيه في الإضرار بالمرأة؛ فلم يبق إلا الكسب؛ فتعلق به.

وفي «التهذيب»: أن النفقة والمهر على المولى في القديم؛ فلا يطالب به العبد، وإن أعتق[٥] أو أفلس السيد، وإن أبرأ السيد برئا [جميعًا][٦].

وفي النهاية: أن السيد يكون ضامنًا في القديم، والجديد: أنه ليس بضامن، وأن للعراقيين ثلاثة أقوال:

أحدها: أن السيد لا يصير ملتزمًا بالإذن.

والثاني: أنه يصير ملتزمًا.

والثالث: [أن يكون العبد][٧] كسوبًا فلا يصير [السيد][٨] ملتزمًا، [وإن لم

---

(١) في س: حان.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: عتق.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: إن كان.
(٨) سقط في س.

يكن كسوبًا صار][1] ملتزمًا؛ وهذا هو المنقول في «الكتاب»، و«الشامل»، وغيرهما من كتب العراقيين، والمذهب الأول.

وحكى أبو الفرج الزاز على القديم وجهين: أن ذلك وجب على السيد ابتداء، أو يلاقي العبد، ويتحمل عنه السيد.

فعلى الأول: يكون الحكم كما ذكرناه[2] عن التهذيب.

وعلى الثاني: تتوجه المطالبة عليهما جميعًا.

قال الرافعي: وهو الأصح.

قلت: وهو الذي جزم به الإمام [جوابه][3] عند كلامه في الأب: هل يكون ضامنًا لصداق زوجة ابنه الصغير؟

وعلى المذهب: لا فرق في الكسب بين النادر والمعتاد، وفي النادر وجه: أنه لا يتعلق به.

والكسب الذي [يتعلق][4] به المهر ما يتجدد بعد التزوج[5]؛ [إن كان][6] المهر حالاً، وبعد الحلول، إن كان مؤجلاً.

وكيفية صرف الكسب: أن يبدأ منه بالنفقة، ومهما فضل صرف في المهر.

[ويجب على السيد تخلية العبد بالليل؛ ليستمتع بزوجته، وفي النهار؛ ليكتسب المهر][7] والنفقة، إلا إذا تكفل بذلك.

فإن استخدمه، ولم يلتزم شيئًا، فعليه الغرم، وفيما يغرمه وجهان:

أصحهما : أقل الأمرين من أجرة المثل، وكمال المهر والنفقة.

والثاني : كمال المهر والنفقة.

وهما مبنيان على القولين في قتل العبد الجاني.

وهل الاعتبار بنفقة زمن الاستخدام، أو على الأبد؟ فيه خلاف.

وحكم مسافرته بالعبد حكم استخدامه.

وحكى الإمام عن العراقيين: أنه ليس له أن يسافر به، ولا أن يستخدمه في

---

(١) في س: وألا يصير.
(٢) في س: ذكرنا.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: التزويج.
(٦) في س: أن.
(٧) سقط في س.

الحضر ما بقيت عليه مؤنة من مؤن النكاح.

قال الرافعي: وجعل المسألة مختلفًا فيها بين الأصحاب، ولا يكاد يتحقق فيها خلاف.

فرع: هل يجوز للعبد أن يؤاجر نفسه للمهر والنفقة؟ فيه وجهان بناهما في «التتمة» على القولين في بيع المستأجر: إن جوزناه جاز الإيجار، وإلا فلا.

قال: وهذا في إجارة العبد[١]، أما إذا التزم عملا في الذمة، فالمذهب جوازه.

فرع آخر: لو أذن [له][٢] السيد في النكاح على أن[٣] ينفق على زوجته من الاكتساب، ففي صحة الإذن وجهان في تعليق القاضي الحسين في باب مداينة العبد[٤].

قال: أو [فيما في يده][٥]؛ إن كان مأذونًا له في التجارة - أي: من رأس المال والربح الحاصل قبل التزويج وبعده - لأنه دين لزمه بعقد أذن فيه؛ فقضى مما في يده، كدين التجارة.

وفيه وجه: أنه لا يتعلق إلا بما يتجدد[٦] من الربح بعد التزويج ككسب غير المأذون؛ فعلى هذا لو لم يكن ثم ربح يفي به؛ فعلى السيد؛ لأنه مشغول بعمله[٧]، وماذا[٨] يجب عليه؟ فيه الخلاف السابق.

قال: فإن لم يكن مكتسبًا ولا مأذونًا له في التجارة، ففي ذمته - أي: إن رضيت بالمقام معه - ولم تملك مطالبته به إلى أن يعتق - أي: ويوسر - في أحد القولين؛ لأنه دين لزمه برضا من له الحق؛ فتعلق بذمته، كبدل[٩] القرض.

قال: أو **تفسخ**[١٠] **النكاح** - أي: إن لم ترض بالمقام معه - لتضررها بذلك؛ وهذا تفريع على الصحيح في ثبوت الخيار بالإعسار به؛ وذلك إذا لم تعلم بعجزه قبل العقد، فإن علمت بعجزه، فقد حكى العمراني في «الزوائد» في باب ما يحرم من النكاح: أن الجديد ثبوت الخيار للزوجة إذا علمت بإعسار الزوج بالمهر.

---

(١) في س: العين.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: ألا.
(٤) في س: العبيد.
(٥) في س: ما في بيده.
(٦) في س: يتجرد.
(٧) في س: بعلمه.
(٨) في س: وما.
(٩) في س: كبذل.
(١٠) في التنبيه: أو يفسخ.

وفي القديم: أنه لا يصح[١] لها.

وحكى الرافعي الخلاف وجهين، [وأن أشبههما][٢]: المنع، إذ ذلك[٣] بعينه يجري هاهنا.

قال: وفي ذمة السيد في [القول][٤] الآخر؛ لأن الإذن لمن هذا حاله التزام[٥] للمؤنات.

وفي «التهذيب»[٦]: أن القولين على الجديد.

وفي «التتمة»: هما مبنيان على الجديد والقديم.

وفيه[٧] قول ثالث: أنه يتعلق برقبته، وطرده الشيخ أبو حامد في الكسوب، ومن كسبه لا يفي بما عليه من مؤن النكاح في القدر الزائد كغير الكسوب[٨] فهو على القولين؛ كما[٩] قاله الإمام.

وفي «التهذيب» و«الذخائر»: أنه لا يتعلق بالسيد، ولها أن تفسخ إن شاءت.

قال في «الشامل»: قال أصحابنا: ويجري القولان في الأب إذا زوج ابنه الصغير الفقير، هل يلزمه المهر والنفقة؟

وسوّى الإمام بينه وبين العبد؛ فلا يختص الخلاف بالفقر.

ونقل عن القاضي تفريعًا على قول الضمان: أنه إذا غرم الأب لا يجد رجعًا[١٠] على مال الطفل، ويكون هذا كضمان العاقلة دية الخطأ، وأن الأب لو شرط ألاَّ يكون ضامنًا، بطل.

قال: وهذا وهم من الآخذين عنه، ولعله قال: بطل الشرط، ولزم الضمان، وصح النكاح.

وما قاله القاضي في أن الأب لا يرجع إذا غرم لا سبيل إلى القول به؛ فإن الشرع[١١] أثبت للأب نظرًا في [طلب غبطة الابن][١٢]، فإذا نظر له واشتد نظره

---

(١) في س: فسخ.
(٢) في س: فأشبههما.
(٣) في س: وذلك.
(٤) سقط من التنبيه.
(٥) في س: الالتزام.
(٦) في س: التتمة.
(٧) في س: وفي.
(٨) زاد في س: وإن كان العبد كسوبًا حال العقد، ثم طرأت عليه زمانة أقعدته عن الكسب.
(٩) في س: كذا.
(١٠) في س: مرجعًا.
(١١) في س: الشرط.
(١٢) في س: طلبه غبطة للابن.

فانتصاب ذلك سببًا لالتزامه[١] المغارم محال؛ وهذا ما أجاب به في التهذيب؛ إذا قصد الرجوع عند الأداء[٢].

قال الإمام: ولا شك أن الابن مطالب بالنفقات، والمهر، وسائر مؤن النكاح إذا بلغ، وليس كالقاتل خطأ؛ فإنه لا يطالب بالعقد[٣] مع إمكان مطالبته للعاقلة؛ لخروج ذلك عن القياس.

ونقل في «الذخائر» عن «الحاوي» على قول الوجوب على الأب: أنه يجب عليه ابتداء، والابن بريء[٤] منه، وهو يوافق ما قاله في «التهذيب» في الإذن للعبد؛ فإنه كان قد وافق الإمام في هذه المسألة.

وحكم الولد المجنون على ما حكاه[٥] في «التهذيب» حكم الصغير.

قال: فإن زاد على مهر المثل، وجبت الزيادة في ذمته، يتبع بها إذا أعتق؛ دفعًا للضرر عن الزوجة بقدر الإمكان؛ [إذ لا يمكن أن يجب][٦] في كسبه؛ لأن إذن السيد لا يتناوله، ولم يستوف العبد في مقابلته شيئًا.

فإن قيل: هذه الزيادة تثبت[٧] في ذمة العبد بغير إذن السيد، فهلاً كان في ثبوتها خلاف؛ كما في ضمان العبد بغير إذن السيد[٨].

قلنا: الالتزام هاهنا جرى في ضمن عقد مأذون فيه؛ فكان أقرب، وقد يمتنع الشيء مقصودًا، وإذا حصل في ضمن عقد لم يمتنع؛ ألا ترى أن العبد [يمتنع من][٩] تمليك السيد بعقد الهبة على أحد الوجهين، ولو[١٠] خالع صح قولاً واحدًا، ودخل المال في ملك السيد؟

قال الإمام: وهذا هو الممكن فيما ذكرناه.

ويحتمل من طريق القياس: ألَّا تلزم الزيادة في المهر أصلا؛ كما لا يصح الضمان، وما ذكرناه تكلف، وإلا فلا فرق بين هذه الزيادة والضمان.

فرع: لو قدر له مهرًا، فنكح به امرأة مهرُ مثلها دونه، فقد حكى الرافعي عن

(١) في س: لإلزامه.
(٢) زاد في س: قال الإمام.
(٣) في س: بالعقل.
(٤) في س: يرى.
(٥) في س: قاله.
(٦) في س: ولا يمكن أن يجب.
(٧) في س: ثبتت.
(٨) في س: سيده.
(٩) في س: يمنع من.
(١٠) في س: وإذا.

الحناطي فيه ثلاثة احتمالات:

أظهرها: صحة النكاح، ووجوب المسمى في الحال.

والثاني: أن الزيادة على مهر المثل يتبع بها إذا عتق.

والثالث: بطلان النكاح.

قال: **وإن تزوج بغير إذنه، ووطئ، ففي المهر**[(١)] **ثلاثة أقوال:**

صورة المسألة ما إذا أذن في النكاح مطلقا، فنكح العبد نكاحًا فاسدًا - مثل أن قرن به شرطًا فاسدًا يخل[(٢)] بمقصوده: كشرط الخيار، وعدم الوطء - ووطئ فيه [ففيه أقوال:][(٣)]

أحدها: يجب حيث يجب في النكاح الصحيح؛ لأنه لما كان النكاح الفاسد كالصحيح في وجوب العدة والنسب والمهر، جعل كالصحيح في المحل المستوفى منه المهر.

والثاني: أنه يتعلق بذمته، وهو الجديد؛ لأنه حصل برضا المستحق؛ فصار كما إذا اشترى، أو استقرض بغير إذن السيد، [وأتلفه][(٤)]؛ هكذا علله الأصحاب.

ومقتضى هذا التعليل: أنه لو تزوج حرة بغير إذنها[(٥)] في التزويج منه، ثم وطئها وهي نائمة - حتى لا يجعل التمكين من الوطء رضا - أنه [لا][(٦)] يتعلق بالرقبة، ويؤيد ذلك ما سنذكره في الفرع بعده.

والثالث: أنه يتعلق برقبته؛ لأن المهر ينزل منزلة أرش الجناية من حيث إنه لا يتطرق إلى موجبه الإباحة[(٧)].

وهذا القول، منهم مَن نَسَبَه[(٨)] إلى القديم، ومنهم من يقول: هو مخرج من قولنا: إن السفيه إذا نكح بغير إذن الولي، ووطئ، يلزمه المهر، كذا قاله الرافعي.

وقد تقدم في كتاب النكاح عن صاحب «التتمة»: أن الخلاف في لزوم المهر للسفيه مخرج على الخلاف في هذه المسألة، والجمع بين التقليد[(٩)] غير ممكن.

---

(١) في س: ففيه.
(٢) في س: يحصل.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: إذنهما.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: للإباحة.
(٨) في س: ينسبه.
(٩) في س: النقلين.

وفي «النهاية»: أن من الأصحاب من لم يثبت هذا القول إلى الشافعي، وقال: إنه حكاه عن مذهب الغير.

أما إذا لم يأذن[١] السيد له في النكاح أصلاً، فلا يجيء في المهر القول الأول، ويجيء القولان الآخران، ويجريان في كل وطء شبهة صدر منه، وقد صرح بذلك الإمام في كتاب اللقيط.

فرع: لو نكح العبد بغير إذن مولاه أمة بغير إذن سيدها، [ووطئ][٢]، ففي المهر طريقتان:

منهم من جزم بتعلقه بالرقبة[٣].

ومنهم من [خرجه][٤] على القولين، ووجهه بأن المهر وإن كان حقًّا للسيد إلا أنها بسبيل فى[٥] إسقاطه في الجملة؛ بدليل الردة والرضاع، فإذا [جاز][٦] أن يسقط [بفعلها جاز أن يسقط برضاها][٧].

قال: ويجوز أن يكون الصداق عينًا تباع، ودينًا يسلم فيه، ومنفعة تكرى، ويجوز حالاً ومؤجلاً؛ لأنه عقد على منفعة معينة، فجاز بما ذكرناه؛ كالإجارة.

واعلم أن قول الشيخ: عينًا تباع، يريد به: أن تكون العين مستجمعة لشرائط البيع، وليس على إطلاقه، بل يستثنى منه جعل رقبة العبد صداقًا للمرأة، وجعل الأب[٨] والدة ابنه صداقًا لابنه؛ وجعل أحد أبوي الزوجة الصغيرة صداقًا لها؛ فإن ذلك لا يثبت صداقًا مع وجود شرائط البيع[٩] في كل واحدة من[١٠] الصور المذكورة.

وقوله: ودينًا يسلم فيه يريد: استجماعه لشرائط السلم، ومنطوقه على عمومه، ومفهومه: أن ما لا يجوز السلم فيه لا يجوز جعله صداقًا، يستثنى منه الأثمان؛ فإنه يجوز[١١] جعلها صداقًا، وإن قلنا: لا يجوز السلم فيها على أحد القولين.

لكن الشيخ لا يحتاج أن يستثني ذلك؛ فإنه جزم بجواز السلم فيها.

---

(١) في س: يكن بإذن.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: برقبة العبد.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: من.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: برضاها.
(٨) في س: الوالد.
(٩) في س: المبيع.
(١٠) في س: في.
(١١) زاد في س: يجوز.

وقد حكى القاضي الحسين في كتاب الكتابة وجهًا: أنه يجوز جعل المال النادر الوجود صداقًا في الذمة؛ على أنه مضمون ضمان اليد، وكذا إذا قلنا: إنه مضمون ضمان العقد[١] وجوزنا الاستبدال عن الثمن، أو منعناه وقلنا: إن المسلم فيه إذا انقطع لدى المحل: أنه يثبت الخيار؛ فعلى هذا تستثنى هذه الحالة من المفهوم - أيضا - لكن إذا قلنا بأنه مضمون ضمان العقود[٢]، [فقدم يجب عليه قيمته.

وإن قلنا يجوز[٣] الاستبدال أخذ بدله إذا قلنا: إنه مضمون ضمان عقد][٤] وإن قلنا: لا يجوز الاستبدال ثبت لها الخيار في الصبر، وفسخ الصداق.

وحكى وجهًا ثانيًا: أنه لا يصح إصداق نادر الوجود في الذمة؛ بناء على أن الصداق مضمون ضمان عقد[٥]، ولا يصح الاستبدال[٦] وأن انقطاع[٧] المسلم فيه يفسخ العقد.

وقوله: ومنفعة تكرى، يريد المنفعة التي يجوز استيفاؤها بعقد الإجارة[٨]، سواء كانت الإجارة واردة على الذمة أو[٩] العين وهو يحسن تلك المنفعة فإن كان لا يحسنها لم يحسن[١٠] على الأصح.

قال الإمام: ومحل الوجهين فيما إذا كان يحسن مقدار يشتغل بتعليمه في الحال، أو كانت الإجارة مع تعلقها بالغير واردة على مدة تتسع للتعليم والتعلم، فأما إذا [لم تكن][١١] مدة، وكان لا يحمل[١٢] شيئًا ألبتة، فلا وجه إلا القطع بالفساد.

وفي «التتمة» - تفريعًا على وجه الجواز-: أنها إن أمهلته على أن يتعلم فذاك، وإلا فهو معسر بالصداق.

ويدخل تحت ما ذكره الشيخ إذا أصدقها تعليم غلامها، أو ولدها الذي يجب عليها تعليمه، ويخرج تعليم ولدها الذي لا يجب تعليمه.

---

(١) في س: العقود.
(٢) في د: السيد.
(٣) في د: بجواز.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: العقود.
(٦) في س: يجوز الاستدلال.
(٧) في س: انقطع.
(٨) في س: بعقدها كالإجارة.
(٩) زاد في س: على.
(١٠) في س: يصح.
(١١) في س: كانت.
(١٢) في س: يحسن.

أما المنفعة التي لا يجوز استيفاؤها بعقد الإجارة ويجوز بغيره: كمنفعة البضع، ورد الآبق من الموضع المجهول، فلا يجوز جعلها صداقا.

وفي الآبق حكاية قول عن رواية أبي الطيب ابن سلمة وأبى حفص بن الوكيل: أنه يجوز.

وفي الذخائر: إن كان الموضع مجهولاً، لم يجز قولاً واحدًا، وإن كان معلومًا، فطريقان:

منهم من خرجه على قولين:

ومنهم من قطع بالصحة.

فإن قيل: المنفعة لا تكرى، وإنما يكرى العين(١)؛ لأجل(٢) استيفاء المنفعة؛ لذلك قال الغزالي: وشرطه الإضافة إلى العين(٣)، يعني: في لفظ الإجارة.

فالجواب أن العراقيين [يجوزون للآجر](٤) أن يقول: آجرتك المنفعة، وقد صرح بذلك في «الشامل» عند الكلام في أن عقد الإجارة يرد على ماذا؟ فلا اعتراض عليهم إذن.

فرع(٥): يجوز أن يجعل النزول عن القصاص الواجب له على المرأة، أو على عبدها - صداقًا لها، ولا كذلك النزول عن الشفعة وحد القذف؛ لأن ذلك مما لا يقابل بالعوض(٦).

ثم(٧) إن جوزنا المصالحة عن حد القذف على مال - على رأى - اتجه أن يلحق بالقصاص.

[ثم إذا طلقها الزوج قبل الدخول، وكان الصداق العفو عن القصاص، فبماذا ترجع؟ فيه قولان حكاهما الرافعي قبل كتاب الديات:

أحدهما: بنصف مهر المثل.

وأصحهما في «التهذيب»: بنصف أرش الجناية](٨).

---

(١) في د: الغير.
(٢) في س: ولأجل ذلك.
(٣) في د: الغير.
(٤) في س: يجوزوا أن.
(٥) في س: فروع.
(٦) في د: بالقرض.
(٧) في س: نعم.
(٨) سقط في س.

ولا يجوز أن يجعل طلاق امرأة صداقًا لأخرى، وإن كان بذل المال يجوز[(١)] في مقابلة الطلاق؛ لأن ذلك لا يجلب إليها نفعًا فلو فعل ذلك، قيل: يبطل النكاح، أو يصح ويفسد الصداق؟ فيه كلام[(٢)] قدمناه في نكاح الشغار.

ولو أصدقها تعليم الفاتحة، وهو متعين للتعليم، ففي صحة الصداق وجهان كنظيرهما في الإجارة، والأصح: الصحة.

ولو نكحها على أداء شهادة لها عليه، أو نكح كتابية[(٣)] على أن يلقنها كلمة الشهادة - [لم يجز][(٤)]؛ قاله في التهذيب.

ولو نكح ذمية على أن يعلمها شيئًا من القرآن؛ جاز إذا كان معلومًا.

وقال الشيخ أبو حامد: إن كان قصدها المباهاة؛ لم يصح.

قال ابن الصباغ: وهذا ضعيف؛ لأنها قد تريد ذلك، فإذا تعلمته، انتفعت به، وكان سببًا لإسلامها.

قال: وما لا يجوز في البيع والإجارة من المحرم والمجهول -أي: وغيرهما- لا يجوز [في الصداق][(٥)]؛ قياسًا عليهما.

قال: وتملك المرأة المهر بالتسمية، أي: سواء كانت التسمية صحيحة، أو فاسدة.

أما إذا كانت صحيحة؛ فتملك المسمى، وأما إذا كانت فاسدة؛ فتملك مهر المثل؛ لأنه عقد يملك فيه المعوض بالعقد فملك العوض[(٦)] فيه بالعقد؛ كالبيع[(٧)].

قال: وتملك التصرف فيه بالقبض؛ لأنه مملوك بعقد معاوضة؛ فجاز[(٨)] التصرف فيه بعد القبض [وإن كان بصدد السقوط؛ كالمبيع بعد القبض وقبل قبض ثمنه.

وأما التصرف فيه قبل القبض][(٩)] فيبنى على أن الصداق [مضمون في يد

---

(١) في س: يجب.
(٢) في س: خلاف.
(٣) في س: امرأة.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: أن يكون صداقًا.
(٦) في س: المعوض.
(٧) في س: كالمهر.
(٨) في س: فيجوز.
(٩) سقط في س.

الزوج][1] ضمان عقد، أو ضمان يد؟ وفيه قولان عند الخراسانيين:

الجديد: أنه مضمون ضمان عقد؛ فعلى هذا لا يجوز التصرف فيه؛ إن كان عينًا أو منفعة، وإن كان دينًا، فقولان؛ كالثمن؛ وهذا ما حكاه الشيخ في البيع.

والقديم: أنه مضمون ضمان يد؛ كالمستعار؛ لأن النكاح لا ينفسخ بتلف الصداق، وما لا ينفسخ العقد بتلفه [في يد العاقد][2]، يكون مضمونًا ضمان اليد؛ كما لو غصب البائع المبيع[3] من المشتري بعد القبض؛ فعلى هذا يجوز التصرف فيه بالبيع والهبة والوقف والعتق والحوالة؛ كذا قاله الرافعي [وغيره][4].

قلت: وينبغي أن يفرع - أيضًا - على أن الزوجين إذا تشاحا في البداية بالتسليم، هل يجبران أو لا؟ أو الزوج.

فإن قلنا: لا يجبران، ينبغي ألا ينفذ تصرف المرأة في الصداق؛ لأنها غير قادرة على التسليم حالة التصرف وإن كانت قادرة عليه من بعد بالتمكين؛ كما في الرهن، اللهم إلا أن يقولوا: إن قول عدم الإجبار، إنما يجري إذا لم يتعلق به حق ثالث، أما إذا تعلق به حق ثالث، فيجبران، أو يكون بإذن الزوج؛ فحينئذ يكون هذا الإطلاق صحيحًا، ويحتاج إلى التقييد [ثم][5]، ولم أره، والقولان مبنيان على أن الصداق؛ نحلة أو عوض.

وتوجيه النحلة: الآية، وأن[6] النكاح لا يفسد بفساده، ولا ينفسخ برده.

وتوجيه العوض: أن لها حبس نفسها؛ لتستوفيه، ويؤخذ بالشفعة؛ وهذا أصح.

قال: ويستقر[7] بالموت - أي: قبل الدخول - من غير قتل، سواء كانت الزوجة حرة أو أمة؛ لأنه لا يبطل النكاح؛ بدليل التوارث؛ فكأنه[8] انتهاء، وانتهاء العقد كاستيفاء المعقود عليه؛ بدليل الإجارة.

وفي التتمة حكاية خلاف في أنا هل نطلق القول بأن المهر تقرر بالموت؟ فمن قائل: لا؛ لأن المقرر إنما يحسن إطلاقه؛ إذا كان يتوقع وجود المسقط [ولا

---

(١) في س: في يد الزوجة مضمون.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: العين المبيعة.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: وإن كان.
(٧) في س: يستقر.
(٨) في س: فكان.

يتأثر الموت به، وبعد الموت لا يتوقع وجود المسقط][1] وهو الطلاق والردة.

ومن قائل: نعم؛ إلحاقًا لإنهاء العقد باستيفاء المعقود عليه، ولمن قال به أن يقول: ليس المسقط مطلق الطلاق والردة، بل يشترط وقوع ذلك قبل الدخول، وإنه لا يتصور حصوله بعد الدخول؛ كما لا يتصور بعد الموت.

ثم ذكر أن فائدة الخلاف تظهر فيما إذا مات زوج الصغيرة، وأراد الأب أن يعفو عن صداقها إذا جوزناه، فإن قلنا: يتقرر بالموت، فقد جعلناه كالدخول؛ فلا يصح عفوه؛ كما لا يصح بعد الدخول.

وإن قلنا: إنه لا يتقرر؛ فيصح العفو.

وفي[2] المفوضة إذا مات زوجها، إن قلنا: الموت يقرر المسمى؛ فتستحق مهر المثل، وإلا فلا.

قال الرافعي: وليس لهذا البناء مسوغ[3]؛ لأن التقرير إنما يطلق عند سبق الواجب؛ فلا يلزم من كون الموت مقررًا وجوب المهر في صورة التفويض، وفي الأمة وجه: أنه يسقط جميع مهرها بموتها؛ بناء على أن السيد يزوج[4] بحكم الملك؛ حكاه المتولي.

قال: أو الدخول[5]؛ لقوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١]، وفسر الإفضاء بالجماع.

ولأن الوطء بالشبهة يوجب المهر ابتداء، فالوطء في النكاح أولى أن يقرر المهر الواجب.

ولا فرق بين أن يكون الوطء حلالاً أو حرامًا: كوطء الحائض، والمحرمة، أو في الفرج أو الدبر.

وفي الوطء في الدبر وجه: أنه لا يقرر مع الاتفاق على وجوب مهر المثل به في غير الزوجة.

ويكتفى في[6] التقرير بوطأة واحدة وإن كان المهر في مقابلة جميع الوطآت على رأي؛ كما نقله الرافعي في النفقات.

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: في.
(٣) في س: وضوح.
(٤) في س: يتزوج.
(٥) في س: للدخول.
(٦) في س: عن.

قال: وهل يستقر بالخلوة حتى لو طلقها[١] قبل الدخول[٢] وبعد الخلوة، لا يسقط منه شيء؟ فيه[٣] قولان:

أصحهما - وهو الجديد: أنه لا يستقر؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، ولا مسيس.

والثاني - وهو القديم-: أنه يستقر؛ لما روي [عن][٤] عمر وعلي - رضي الله عنهما - أنهما قالا: إذا أغلق بابًا، وأرخى سترًا، فلها الصداق كاملا، وعليها العدة.

ولأنه وجد التمكين من استيفاء المنفعة؛ فاستقر به البدل؛ كما في الإجارة، فعلى هذا هل تكون الخلوة موجبة للعدة[٥] ومثبتة للرجعة[٦]؟ فيه وجهان:

المذكور منهما في التتمة والوسيط: الثبوت.

قال[٧] الإمام في كتاب العدد: كنت أود أن يحال تقرير المهر على التمكين[٨]؛ فإن التمكين من المنافع في عقود المنافع تسليم، وأما[٩] العدة فكان لا يبعد في القياس ألاَّ تجب وإن تقرر المهر؛ فإن تقرير المهر مأخوذ من قياس في المعاوضات[١٠]، ولا يؤخذ في العدة[١١] مثله.

وما قاله إن صح فيكون وجهًا ثالثًا فارقًا بين الرجعة والعدة، ويشترط على هذا القول ألاَّ يكون ثم مانع حسي: كالرتق، أو القرن، أو الجب[١٢] أو العنة؛ ولا مادي: كما إذا كان معهما ثالث، وفي المانع الشرعي: كالحيض، والإحرام، والصوم خلاف، والذي ذهب إليه المحققون - على ما حكاه الغزالي - [أنه يشترط عدمه.

والمذكور في التتمة: أنه لا يشترط عدمه][١٣]، وكذلك في تعليق البندنيجي في كتاب العدد.

---

(١) في س: وطئها.
(٢) في س: وطأها.
(٣) زاد في س: قال.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: العدة.
(٦) في س: الرجعة.
(٧) في س: وقال.
(٨) زاد في س: فإن التمكين.
(٩) في د: فأما.
(١٠) في د: المعاوضة.
(١١) في س: العدد.
(١٢) في د: والجباء.
(١٣) سقط في س.

وفي النهاية فيها أيضًا.

ثم قال الإمام في الموانع الطبيعية: إن الوجه عندنا: الحكم بالتقرير مع هذه الموانع؛ فإن المصير إلى [أن][١] النكاح لا يتصور فيه تقرير، فيه بُعْدٌ، والذي جرى نهاية الأمر، ولو فصل فاصل[٢] بين الجب والرتق صائرًا إلى أن تمكين المجبوب [يرد][٣] العجز إليه، وهي في نفسها فعلت ما هو ممكن على أقصى الإمكان، والرتقاء عاجزة عن التمكين، فقد جاء العجز من جهتها عن الوفاء بالتمكين.

ويعترض على ذلك بأنها[٤] تستحق النفقة وإن لم يكن الوقاع ممكنًا، والمريضة التي لا يرجى زوال مرضها قد لا تستحق النفقة؛ هذا آخر كلامه.

وقال بعض الأصحاب: الخلوة لا تقرر المهر قولاً واحدًا، وإنما الخلاف في ترجيح جانبها حتى يكون القول قولها في دعوى الإصابة[٥].

فرع: إذا قلنا: الخلوة لا تقرر المهر، أو كان[٦] هناك مانع، ففي الوطء فيما دون الفرج وجهان؛ بناء على القولين في أنه هل يثبت حرمة المصاهرة؟

ولو استدخلت ماءه، لم يتقرر به المهر على الصحيح.

وفيه وجه حكيناه في باب ما يحرم من[٧] النكاح: إنه يقرر.

قال: **ولها أن تمتنع**[٨] **من تسليم نفسها حتى تقبض**، أي: إذا كان الصداق حالاً [في العقد][٩] أو عينًا، وسواء كان التأخير بعذر أو بغير عذر؛ دفعًا لضرر فوات[١٠] البضع.

أما إذا حل قبل الدخول، قال الشيخ أبو حامد: ليس لها الامتناع.

[و][١١] قال القاضي أبو الطيب: هذا غلط.

وقد ذكر المزني في المنثور: أنه لو باع سلعة بثمن مؤجل، ولم يقبض السلعة حتى حل الأجل، كان للبائع الامتناع من تسليم السلعة حتى يقبض الثمن[١٢].

---

(١) سقط في س.
(٢) في د: فاصلة.
(٣) سقط في د.
(٤) في س: أنها.
(٥) في س: الوطء.
(٦) في س: وكان.
(٧) في د: في.
(٨) في التنبيه: تمنع.
(٩) سقط في س.
(١٠) في س: بفوات.
(١١) سقط في س.
(١٢) في س: السلعة.

ولو كان بعضه حالاً، وبعضه مؤجلاً، فلها الامتناع[١] حتى تقبض الحال[٢] منه.

فرع: إذا كانت المرأة صغيرة، أو مجنونة، فلوليها حبسها حتى تقبض الصداق، ولو رأى المصلحة في التسليم، فله التسليم.

قال: فإن تشاحا، فقالت المرأة: لا أسلم نفسي حتى أقبض الصداق، وقال: لا أسلم حتى تسلمي نفسك - أجبر الزوج على تسليمه إلى عدل، وأجبرت المرأة على التسليم، فإذا دخل بها، سلم المهر إليها؛ لأن كل واحد منهما قد استحق التسليم، فأجبر كل واحد منهما على إيفاء صاحبه [حقه][٣]؛ وهذا نصه هاهنا.

قال الإمام: ولو سلمت نفسها، فلم يأتها، فالذي أراه [أن][٤] على العدل تسليم الصداق إليها، فلو سلم إليها، فَهَمَّ الزوج بالوطء، فامتنعت، فالوجه استرداد الصداق منها.

قال: فإن لم يسلم، لزمه نفقتها؛ لأنها ممتنعة بحق.

قال: و[٥] **فيه قول آخر: أنه لا يجبر واحد منهما، بل أيهما بدأ بالتسليم أجبر الآخر عليه**؛ لأن كل واحد منهما قد وجب عليه حق بإزاء حق له؛ فلم يجبر على إيفاء ما عليه دون ما له.

قال: وإن تمانعا، لم تجب نفقتها عليه؛ لأنها ممتنعة بغير حق.

واعلم أن عدم وجوب النفقة مرتب على منعها فقط، فتقييده بما يعمها لا وجه له.

وفيه وجه ثالث: أنه [لا يجبر][٦] الزوج.

ولا يجيء القول الرابع في البيع هنا، وهو إجبار الزوجة؛ [على][٧] وزان إجبار البائع - وإن كانت بائعة للبضع - لأن منفعة البضع تفوت بالتسليم، ولا يمكن استدراكها، والمال يمكن استرداده[٨].

وعن ابن الوكيل، وابن سلمة، والقاضي أبي حامد، وغيرهم: الاقتصار على

---

(١) في د: الانتفاع.
(٢) في د: المال.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: وقيل.
(٦) في س: يجبر.
(٧) سقط في د.
(٨) في س: استدراكه.

القولين [الأولين][(١)]؛ كما ذكره الشيخ، وإنكار قول البداية.

قلت: وهذا صحيح، لا يتجه خلافه؛ إذا كان الصداق عينًا، وقلنا: إنه مضمون في يد الزوج ضمان عقد؛ [كما قلنا في البيع إذا كان الثمن عينًا، أما إذا كان دينًا، أو قلنا: إنه مضمون ضمان يد][(٢)]، اتجه جريان القول الثالث، وهو إجبار الزوج: أما في الدين؛ فلأن حقه متعين، وحق المرأة لا يتعين إلا بالقبض؛ كما قلنا: يجبر المشتري إذا كان الثمن في الذمة على قول؛ نظرًا لهذه العلة.

وأما إذا قلنا: إنه [مضمون ضمان يد، فكما إذا بان بطلان البيع بعد قبض المبيع والثمن، فإن المبيع][(٣)] مضمون في يد المشتري بحكم اليد، ويجبر على تسليمه وإن لم يقبض الثمن على الأصح، وذلك مذكور في البيع، والله أعلم.

وحيث قلنا: يجبر الزوج، فذاك إذا كانت مهيأة للاستمتاع، فلو كانت محبوسة، أو ممنوعة بعذر آخر، لم يجبر، وإن كانت صغيرة، فقولان[(٤)].

وكذا لو سلمت الصغيرة إلى الزوج، فهل عليه [تسليم][(٥)] المهر؟ فيه قولان؛ كما في النفقة.

وقيل: لا يجب تسليم الصداق قولاً واحدًا؛ لأن النفقة تجب لكونها محبوسة له، ممكنة له بحسب الإمكان، وقد تحقق هذا المعنى، والمهر عوض الاستمتاع، وهو متعذر.

وقيل: يجب تسليم الصداق قولاً واحدًا؛ لأنه يجب في مقابلة البضع، وقد ملكه بالعقد، والنفقة [في][(٦)] مقابلة التمكين من الاستمتاع، والتمكين يستدعى إمكان الاستمتاع، وهو متعذر.

والأمة إذا سلمت ليلاً ونهارًا، وجب تسليم مهرها، [وإن سلمت ليلاً، ولم تسلم نهارًا][(٧)]، فعن الشيخ أبي حامد: أنه لا يجب تسليمه؛ كالنفقة.

وذكر القاضي أبو الطيب: أنه يجب[(٨)].

قال ابن الصباغ: وهذا أصح؛ لأن التسليم الذي يتمكن معه من الوطء قد

---

(١) سقط في س.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: فوجهان.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: وإن لم تسلم نهارًا وسلمت ليلًا.
(٨) في س: لا يجب.

حصل، وليس كالنفقة، فإنها لا تجب بتسليم واحد.

واعلم أن هذه المسألة فيها بحثان:

أحدهما: أن القول الأول عبر عنه الأصحاب بأنهما يجبران، وصوروا الإجبار بما ذكره الشيخ، وفي ذلك نظر؛ لأن العدل إما أن يكون نائبا عن المرأة في القبض شرعًا، أو لا يكون، فإن كان نائبًا عنها شرعًا - كما قاله الجيلي - فقد رجع حقيقة هذا القول إلى أن الزوج يجبر أولاً، فإذا أسلم أجبرت ثانيًا، وهذا حقيقة[1] القول الثالث؛ [إذ لا][2] فرق بين التسليم إلى المرأة أو [إلى][3] نائبها.

وإن لم يكن نائبًا عنها، فقد أجبرت المرأة على التسليم أولا، وهو وزان القول الرابع في البيع الذي لم يجر هنا.

الثاني: أن قول الشيخ: ولها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض يوافقه القول الثالث، وهو البداية بالزوج، ويخالفه القولان الآخران:

أما وجه المخالفة على قول إجبارها، فظاهر.

وأما على قول عدم الإجبار: أن مقتضى الكلام الأول: أن امتناعها يكون بحق؛ فتستحق النفقة؛ لأن الامتناع بالحق لا يسقطها؛ كما تقدم على قول [إجبارها][4] ومقتضى الكلام الثاني - على ما صرح به الشيخ وغيره - أنها لا تستحق ما لم [تسلم نفسها][5]؛ وهذا يدل على أن الامتناع بغير حق؛ فالجمع بين الكلامين متعذر، وكلام الرافعي - رضي الله عنه - موافق لكلام الشيخ أولاً وآخرًا.

ويمكن أن يجاب عن الأول بأن نقول: هو نائب عنها - كما صرح به[6] الجيلي - إذ هو مقتضى ما قاله الأصحاب فيما إذا أخذ السلطان الدين من الممتنع، فإن المأخوذ يملكه الغريم بمجرد الأخذ، وتبرأ ذمة المأخوذ منه، وقد صرح بذلك [الرافعي][7] في [أواخر][8] كتاب الطلاق؛ نقلا عن كتب العراقيين.

ووجه الإلحاق أن العدل إنما يسلم إليه بإذن السلطان، فهو نائب عنه في

---

(١) زاد في د: هذا.
(٢) في س: فإنا.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: يصبها.
(٦) في س: قاله.
(٧) سقط في س.
(٨) سقط في س.

ذلك، والنائب كالمستنيب في هذا المعنى، وإذا كان نائبًا عنها فهو ممنوع من التسليم إليها، وهي ممنوعة من التصرف فيه قبل التمكن، فكان ذلك فائدة الإجبار، بخلاف القول الثالث[١]؛ فإنا إذا أجبرنا الزوج، أطلقنا تصرفها[٢] فيما تقبضه[٣] بمجرد القبض، والله أعلم.

قال: فإن تبرعت، وسلمت نفسها حتى وطئها، سقط حقها من الامتناع؛ لأنه تسليم استقر به المسمى، فأسقط حق المنع؛ كالبائع إذا سلم المبيع قبل قبض الثمن.

وحكى أبو حامد وجهًا: أن لها العود إلى الامتناع.

قلت: ويمكن بناء الخلاف على أن المهر في مقابلة أول وطأة، أو في مقابلة جميع الوطآت؟ كما بنى الأصحاب جواز الفسخ بالإعسار بالمهر بعد الدخول عليه.

فإن قلنا: إنه في مقابلة أول وطأة واحدة - وهو الصحيح - [لم يكن][٤] لها الامتناع.

[وإن قلنا: إنه في مقابلة جميع الوطآت فلها الامتناع][٥]؛ لأنه لم يستوف بقية المعقود عليه؛ فأشبه ما إذا سلم بعض المبيع، فإنه لا يسقط حق الحبس في الباقي.

ولو تبرعت، وسلمت نفسها، ولم يطأها، فلها طلب المهر على الأقوال كلها، ولها العود إلى الامتناع، وحبس النفس؛ [لاستيفاء الصداق][٦].

ولو وطئها مكرهة، فهل يبقى لها حق الامتناع؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم؛ كما لو غصب المشتري المبيع قبل تسليم الثمن؛ فإنه يجوز للبائع رده إلى حبسه[٧].

ويجرى الوجهان فيما لو سلم الولي الصبية، أو المجنونة قبل قبض الصداق، فبلغت، أو أفاقت، ولم تقبض بعد، هل لها حبس نفسها؟ هكذا حكاه الرافعي،

---

(١) زاد في س: فإنا.
(٢) في س: تصرفه.
(٣) في س: يقبضه.
(٤) في س: فليس.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: واستيفاء لصداق.
(٧) في س: جنسه.

ومقتضاه[١]: أن الصحيح أن لها ذلك؛ وهذا الإطلاق فيه نظر، بل ينبغي أن ينظر: إما أن يكون الولي سلمها لمصلحة اقتضاها نظره، أو لا:

فإن كان الثاني، فالحكم [كما ذكره][٢].

وإن كان الأول، فينبغي أن يكون الصحيح: أنه ليس لها[٣] ذلك؛ كما لو ترك الولي طلب الشفعة؛ لمصلحة اقتضاها نظره، ثم بلغ المولى عليه؛ فإنه لا يثبت له الأخذ بها على الأصح.

ولو بادر الزوج، وسلم الصداق، فعليها التمكين، وتسليم النفس بشرطه؛ كما تقدم في كتاب النكاح، فإن امتنعت من غير عذر، فهل له الاسترداد؟ ينبني ذلك على أن الزوج هل يجبر أم لا؟ إن قلنا: نعم، فله الاسترداد، وإن قلنا: لا، فوجهان:

أظهرهما: أنه لا يسترد.

وعن القاضي: إن كانت المرأة معذورة حين سلم، فزال العذر، وامتنعت - يسترد.

فرع: لو سلم مهر الصغيرة التي لا تصلح للجماع: إما عالمًا، أو جاهلاً، وقلنا بالصحيح، وهو أنه لا يجب تسليم مهرها، هل له الاسترداد؟ فيه وجهان في «التهذيب».

قال: **وإن هلك الصداق قبل القبض، أو خرج مستحقًّا، أو كان عبدًا فخرج حرًّا، أو وجدت به عيبًا** - أي: مقارنًا أو حادثًا - **فردته، رجعت إلى مهر المثل في أصح القولين**؛ لأن تلف العوض قبل القبض[٤]، ورده بالعيب، وخروجه مستحقًّا يقتضي رد المعوض، فإذا تعذر، وجب رد بدله؛ كما لو باع عبدًا بثوب، وتلف الثوب بعد قبضه، فإنه يرجع عليه بقيمة الثوب.

قال: **وإلى قيمة العين** - أي: إن كانت من ذوات القيم - **في القول الآخر**، وهو[٥] القديم، وادعى ابن الصباغ أنه الصحيح فيما إذا هلك؛ [لأن هلاك][٦] العوض إذا لم يوجب فسخ العقد يوجب الرجوع إلى القيمة؛ كالبائع إذا غصب

---

(١) في س: ومقتضى ذلك.
(٢) في س: كذلك.
(٣) في س: له.
(٤) في س: المعوض.
(٥) في س: وهذا.
(٦) سقط في د.

المبيع من يد المشتري بعد التسليم، وتلف في يده.

ولأنهما إذا ذكرا عوضًا كان مقصدهما ذلك العوض دون قيمة البضع، ولذلك المذكور خصوص: وهو عينه، وعموم: وهو ماليته، فإذا لم يمكن[1] اعتبار عينه يعتبر الذكر في المالية؛ فلا يلغى التقدير، وإن لغا التعيين.

والقولان مبنيان على أن الصداق مضمون [في يد الزوج][2] ضمان عقد أو ضمان يد؟ وفيه قولان تقدما بتوجيههما:

فإن قلنا: ضمان عقد، كان الرجوع إلى مهر المثل، وإن قلنا: ضمان يد، فالرجوع إلى القيمة أو المثل، وأي قيمة تعتبر عند الهلاك؟ فيه قولان:

أصحهما: أقصى القيم من يوم الإصداق إلى يوم التلف.

والثاني: قيمة يوم التلف.

وفي التتمة وجه: أن المعتبر قيمة يوم الإصداق.

وروي وجه آخر: أن الواجب أقل القيم[3] من يوم الإصداق إلى يوم التلف.

فرع: لو أصدقها تعليم سورة، فتعلمتها من غيره، أو لم تتعلمها؛ لسوء فهمها - فالحكم كما لو تلف الصداق.

واعلم أن قول الشيخ: فردته دال على أن لها الخيار في الرد والإمساك، وذلك ظاهر على قول ضمان العقد، وأما على قول ضمان اليد، فيتجه ألا يثبت لها الخيار، بل ترجع بالأرش كما لو تعيب المستعار في يد المستعير، وقد ذهب إلى ذلك أبو حفص بن الوكيل في العيب الحادث.

قال الإمام: وهذا وإن كان متجها في القياس، فهو بعيد في الحكاية، وإن صح هذا مذهبًا، فهو في العيب المتجدد في يد الزوج، فأما إذا فرض اطلاع على عيب قديم، فتغريم الزوج أرش العيب بعيد، وإلزام المرأة الرضا بالظلامة بعيد أيضًا، ولا اعتداد على الجملة كما[4] ذكره.

ولو ذكرا خمرًا، أو خنزيرًا، أو ميتة، فطريقان:

أحدهما: القطع بوجوب مهر المثل، وهو ما حكاه في الشامل.

والثاني: أنه على القولين في الحر، واختلف الأصحاب في محل القولين في الحر:

---

(١) في س: يكن.

(٢) سقط في س.

(٣) في س: القيمتين.

(٤) في س: بما.

فعن الشيخ أبي حامد، والصيدلاني، والقاضي الحسين: أن محلهما ما إذا قال: أصدقتك هذا العبد إما على ظن أنه عبد، وإما مع العلم بأنه حر، أما إذا قال: أصدقتك [هذا](١) الحر، فالعبارة فاسدة، ويجب مهرالمثل قولاً واحدًا؛ وعلى هذا جرى صاحب التهذيب، والشيخ في آخر الباب؛ حيث قال: وإن تزوجها على مهر فاسد، فإنه جزم بوجوب مهر المثل، وإن حكى الخلاف هنا.

وفي التتمة طريقة أخرى: أنه لا فرق بين اللفظين في جريان القولين ويتجه جريان هذا الخلاف فيما لو خرج مستحقًّا.

وإذا قلنا بالرجوع [لها ببدل](٢) العين، فالحر يقدر عبدًا وتجب قيمته، والخمر عصيرًا، ويجب مثله.

قال الرافعي: وقد حكي فيما إذا أسلم الزوجان، وقد جرى القبض في بعض المهر الفاسد - وجهًا: أنه يقدر الخمر خلاًّ، والوجه: التسوية.

وذكرنا وجهًا: أنه تعتبر قيمة الخمر عند من يرى لها قيمة، ولا يبعد مجيئه هنا.

وأما الخنزير، فيقدر شاة؛ قاله الغزالي.

والمذكور في نكاح المشركات: أنه يقدر بقرة، وهو الذي أورده الإمام، وصاحب التهذيب.

وفي الميتة(٣) تقدر مذكاة، ثم الواجب فيها وفي الخنزير القيمة.

فروع:

أحدها: إذا تلف(٤) الصداق، فإن كان أتلفته(٥) الزوجة، فهو كما لو قبضته على الأصح.

وفيه وجه: أنه يجب عليها قيمته، وترجع عليه بمهر المثل، وهذا الوجه إنما يتجه على قول ضمان العقد، أما [على](٦) قول ضمان اليد، فلا.

وإن كان المتلف أجنبيًّا، فإن قلنا: إتلاف الأجنبي المبيع قبل القبض كتلفه بنفسه، فالحكم كما تقدم.

وإن قلنا بوجوب الخيار للمشتري - وهو الأصح - فللمرأة الخيار في

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: إلى بدل.
(٣) في س: التتمة.
(٤) في س: أتلف.
(٥) في س: تتلفه.
(٦) سقط في س.

الصداق، سواء قلنا: هو مضمون ضمان عقد، أو يد، فإن فسخت [فماذا ترجع][١] به على الزوج؟ فيه القولان.

وإن لم يفسخ، أخذت من المتلف البدل، ولها أن تطالب به الزوج؛ إن قلنا بضمان اليد، وإلا فلا.

قال الرافعي: وكان يجوز أن يقال: لا يثبت الخيار على قول ضمان اليد، وليس لها [إلا طلب][٢] البدل؛ كما إذا أتلف أجنبي المستعار في يد المستعير.

وإن كان المتلف الزوج، فذلك ينبني على أن إتلاف البائع كالآفة السماوية، أو كإتلاف الأجنبي، وقد تبين[٣] حكم الصداق على التقديرين[٤].

فإذا ثبت الخيار، وقلنا بضمان اليد، وأن الزوج يضمن ضمان الغصوب؛ فلا فائدة للفسخ، وكذلك إن قلنا: يضمن يوم الإصداق، وجعلنا إتلافه كالآفة السماوية.

وإن جعلناه كالأجنبي؛ فإن كانت قيمته يوم الإصداق أكثر؛ فلها في الفسخ فائدة، وإن كانت أقل فلا.

وإذا طالبت المرأة بالصداق، وامتنع الزوج متعديًا، ثم تلف في يده؛ فهذا التلف نازل منزلة إتلاف البائع؛ فيجيء فيه الخلاف.

[الفرع][٥] **الثاني**: إذا أجازت[٦] عند اطلاعها على عيب في الصداق، إن قلنا: يضمن ضمان العقود[٧]، فلا أرش لها، وإن قلنا: ضمان يد، فلها أرش النقصان في الحادث، وفي المقارن تردد القاضي الحسين من حيث[٨] إن يد الزوج لم تشتمل يوم الإصداق إلا على معيب، والظاهر: أن لها الأرش.

[الفرع][٩] **الثالث**: إذا انتفع الزوج بالصداق في الخدمة وغيرها قبل القبض؛ فعليه الأجرة على قول ضمان اليد، وإلا فوجهان؛ كالبائع إذا انتفع بالمبيع قبل القبض.

---

(١) في س: فما يرجع.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: يبني.
(٤) في س: التقدير.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: جازت.
(٧) في د: العقد.
(٨) في س: حديث.
(٩) سقط في س.

والزوائد الحاصلة في يد الزوج قبل القبض والتلف أو الرد؛ إن قلنا بضمان اليد فلها، وإن قلنا بضمان العقود[1] فكما في البيع.

قال: **وإن وردت فرقة[2] من جهتها قبل الدخول؛ بأن أسلمت أو ارتدت، سقط مهرها**؛ وكذا لو أرضعت من ينفسخ النكاح برضاعه؛ لأنها أتلفت العوض[3] قبل التسليم؛ فسقط بدله؛ كالبائع إذا أتلف المبيع قبل القبض.

وعن الشافعي في سنن الواقدي ما يشعر بوجوب نصف المهر إذا أسلمت، وأقامه[4] بعض الأصحاب قولاً، ووجهه بأنها محسنة بالإسلام؛ فكان من حقه أن يوافقها، فإذا امتنع، انتسب الفراق إلى تخلفه؛ كذا ذكره الرافعي في نكاح المشركات، وقد حكيناه ثم.

ولو زوج الكتابي ابنته الصغيرة من كتابي، ثم أسلم أحد أبويها قبل الدخول، صارت مسلمة، ووقعت الفرقة.

[و][5] هل يسقط المهر؟ قال ابن الحداد: يسقط، وخالفه بعض الأصحاب، وقال: يجب [لها][6] نصف المهر؛ لأنه لم يكن من جهتها صنع[7] فهو كما لو أرضعت[8]، حكاه العمراني في الزوائد، والإمام في الفروع المذكورة قبل كتاب الصداق.

فرع: فسخ النكاح بسبب إعسار الزوج بالصداق [هل يشطر الصداق؟

قال في الجيلي في كتاب النفقات][9]: إن قلنا: إنه فسخ، سقط جميعه.

وقال في التتمة في ضمن فرع، وهو إذا كانت الزوجة صغيرة، فأعسر زوجها بصداقها لا يفسخ الولي؛ لأنه إنْ كان قبل الدخول يُشطر[10] المهر، [وإن كان بعده - فهو باق في ذمته، فلا فائدة في الفسخ؛ وهذا يشعر بأن الفسخ بالإعسار يشطر المهر؛][11] فإن فسخ الولي ينزل منزلة [فسخ][12] المولى عليه؛ بدليل ما تقدم.

---

(١) في د: العقد.
(٢) في س: فرية.
(٣) في د: المعوض.
(٤) في س: وأقامت.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: منع.
(٨) في س: رضيت.
(٩) سقط في د.
(١٠) في س: شطر.
(١١) سقط في س.
(١٢) سقط في س.

ويمكن أن يقال في هذه الصورة: يتشطر؛ إذ لا منع من جهتها؛ بخلاف ما إذا فسخت هي، ويمكن أن يكون بناء على أنه طلاق[١].

قال: وإن قتلت نفسها، فقد قيل: فيها[٢] قولان، أي: بالنقل والتخريج؛ لأن الشافعي - رضي الله عنه - نص على أن السيد إذا قتل الأمة، أو قتلت نفسها: أنه يسقط المهر، وعلى أن الحرة إذا قتلت نفسها، لا يسقط؛ فقيل قولان بالنقل والتخريج:

أحدهما: أنه يسقط مهرها؛ لحصول الفرقة من جهتها؛ كما لو ارتدت.

والثاني: لا يسقط، وهو الأصح؛ لأنها فرقة حصلت بانتهاء النكاح؛ فأشبهت الموت.

قال: وقيل: إن كانت حرة، لم يسقط، وإن كانت أمة، سقط؛ لأن الحرة كالمسلمة إلى الزوج بالعقد؛ ولهذا يملك منعها مِن[٣] السفر، بخلاف الأمة؛ فإن للسيد أن يسافر بها.

ولأن المقصود الأصلي من نكاح الأمة الاستمتاع؛ ولهذا لا يجوز إلا عند الحاجة، وفي نكاح الحرة الوصلةُ وتناسل العشائر؛ ولهذا يجوز عقده على من لا يمكن وطؤها من الرتقاء والقرناء.

وأيضًا: فإن الحرة إذا قتلت نفسها[٤]، غنم زوجها ميراثها؛ فجاز أن يغرم

---

(١) قوله: فرع: فسخ النكاح بسبب إعسار الزوج بالصداق، هل يشطر الصداق.
قال في الجيلي في كتاب «النفقات» إن قلنا: إنه فسخ، سقط جميعه.
وقال في التتمة في ضمن فرع: وهو إذا كانت الزوجة صغيرة فأعسر زوجها بصداقها لا يفسخ الولي؛ لأنه إن كان قبل الدخول يشطر المهر، وإن كان بعده، فهو باق في ذمته، فلا فائدة في الفسخ.
وهذا يشعر بأن الفسخ بالإعسار يشطر المهر، فإن فسخ الولي يتنزل منزلة فسخ المولى عليه بدليل ما تقدم.
ويمكن أن يقال في هذه الصورة: يتشطر إذ لا تضييع من جهتها؛ بخلاف ما إذا فسخت هي، ويمكن أن يكون بناء على أنه طلاق. انتهى كلامه.
وحاصله أنه لم يقف على نقل في المسألة ممن يعتبر وهو عجيب، فقد صرح خلائق بأن ذلك فرقة من جهة المرأة حتى يسقط الجميع، منهم الرافعي في كتاب المتعة.
واعلم أن تعاطي الفسخ من المرأة ليس بطلاق، بلا خلاف، بل القائل بأنه طلاق، معناه أن الزوج يؤمر بالطلاق كالمولي، وكلام المصنف بعيد عنه. [أ و].

(٢) في س: فيه.

(٣) في س: في.

(٤) في س: زوجها.

مهرها، وفي الأمة[١] لا ميراث له، والطريق الأول أصح؛ لضعف الفروق؛ قال أبو إسحاق لا يتبين الفرق بينهما، ويجب أن يسقط مهر الحرة والأمة جميعًا بالقتل؛ هذه طريقة العراق.

والخراسانيون حكوا الطريقين فيما إذا قتل السيد الأمة، والحرةُ نفسَها، والأصح عندهم: الثاني، وهو تقرير النصين.

وأما إذا قتلت الأمة نفسها، فهو مبني على أن علة السقوط فيما إذا قتلها السيد[٢] ماذا؟

فمِنْ قائلٍ: العلة: أن المقصود بالعقد الوارد على المال، قد فات قبل التسليم؛ فأشبه فوات المبيع قبل القبض.

قال الرافعي: وهذا أظهر؛ إن قلنا: السيد يزوج بحكم الملك؛ وعلى هذا التعليل يسقط أيضًا.

ومِنْ قائلٍ[٣]: إن المستحق هو الذي فوت المقصود عليه، فكان تفويته رضًا منه بالسقوط؛ فعلى هذا لا يسقط؛ وهذا هو الأظهر.

ويخرج على العلتين موتها قبل الدخول، وقتل الأجنبي.

ولو قتل الزوج زوجته الأمة، فالحكم ببقاء المهر أظهر وفيه وجه: أنه يسقط أيضًا.

وقيل: الزوج لا يتضمن القبض؛ كالمستأجر إذا قتل العبد المستأجر.

فرعان:

[**أحدهما:**][٤] قال في التهذيب: إذا قلنا: إن السيد إذا قتل أمته، سقط المهر، فلو تزوج رجل أمة أبيه[٥]، فوطئها الأب قبل أن يدخل بها الابن، وجب أن يسقط المهر.

الثاني: إذا قلنا باستقرار المهر بقتل الأجنبي، هل يرجع به الزوج عليه؟ حكى الحناطي[٦] أن عبد الجبار المصري[٧] حكى في شرح المزني: أنه يرجع عليه؛ كالرضاع. قال: وهو بعيد، لم يذكره[٨] غيره.

---

(١) في س: التتمة.
(٢) في س: سيدها.
(٣) في د: قال.
(٤) سقط في س.
(٥) في د: ابنه.
(٦) في س: الجيلي.
(٧) في د: النصري.
(٨) في س: يذكر.

قال[(١)]: وإن وردت الفرقة من جهته بأن أسلم، أو ارتد، أو طلق؛ وجب نصف المهر: أما في الطلاق فللآية، ولأنا لو أسقطنا صداقها احتجنا إلى أن نوجب لها المتعة - فكان[(٢)] إبقاء بعض ما وجب أقرب من إسقاط الجميع، وإيجاب مال آخر.

وأيضًا: فإن المرأة كالمسلمة إلى الزوج بنفس العقد؛ لأن التصرفات التي يملكها الزوج تنتقل من وقت النكاح، وطلاقه ليس فسخًا للنكاح، فنظر الشرع إلى تصرفه والقدرة عليه، ثم إلى عود البضع إليها قبل استيفاء المعقود عليه منه، فانقسم النظر إلى شعبتين[(٣)]؛ فأوجب تشطر المهر.

وأما في الباقي؛ فبالقياس عليه.

وكذا الحكم فيما لو فوض إليها الطلاق، فطلقت نفسها، أو علق طلاقها على [دخول دار][(٤)]، فدخلت، أو طلقها بعد انقضاء مدة الإيلاء بطلبها.

ولو حكم بإسلامه تبعًا [لأحد][(٥)] أبويه، فهل يتشطر المهر، أم يسقط؟ فيه وجهان في النهاية عن الشيخ أبي علي، والأولى التشطر؛ حكاه في الفروع المذكورة قبل كتاب الصداق.

ولو ارتدا معًا، ففيه - أيضًا - وجهان.

والخلع مع الزوجة حكمه[(٦)] حكم الطلاق في التشطر[(٧)]؛ لأنه وإن كان تم[(٨)] بالزوجة، فالمغلب فيه جانب الزوج؛ لأن المقصود منه الأصلي الفراق، وهو مستقل به؛ [ولذلك يتمكن][(٩)] من الخلع مع الأجنبي.

وقال الجيلي في كتاب الخلع: إذا خالع قبل الدخول على غير المهر، إن كان مع غيرها؛ لم يسقط الجميع، بل يتشطر، وإن كان معها، فقولان؛ بناء على أن المغلب جانبها؛ حتى[(١٠)] يسقط الكل، أو جانبه؛ حتى يتشطر.

وفي النهاية عند الكلام في المتعة: أنا إذا جعلنا الخلع فسخًا، فمن أصحابنا

---

(١) في س: قلت.
(٢) في س: فإن.
(٣) في س: شيئين.
(٤) في س: الدخول.
(٥) سقط في س.
(٦) في د: فحكمه.
(٧) في س: التشطير.
(٨) في س: متم.
(٩) في س: وكذلك يتمكن.
(١٠) في س: أو.

من يتمارى[١] في التشطر.

وفرقة اللعان هل تشطر الصداق؟ فيها خلاف ذكره [في][٢] الوسيط في كتاب النفقات.

وكل فرقة حصلت قبل الدخول [بلا سبب][٣] من جهة المرأة تشطر المهر.

واعلم أن القول بأن إسلامه يشطر المهر مفرع[٤] على القول بصحة أنكحة الكفار.

قال: وإن اشترت زوجها - أي: بغير الصداق - وهي حرة، فقد قيل: يسقط النصف - أي: الذي يسلم لها لو كانت الفرقة من جهة الزوج - لأن الفرقة حصلت بالزوجة والسيد، ولا اختيار للزوج فيها.

ولأن الزوجة هي المتملكة[٥]، والملك هو الذي ينافي الزوجية ويقطعها؛ فصار كما لو ارتدت؛ وهذا هو الأصح، ولم يحك في التتمة سواه.

قال: وقيل: لا يسقط[٦] لأن الانفساخ حصل بالعقد الجاري بين البائع والزوجة، والبائع قائم مقام الزوج من حيث إنه سيده، والفراق إذا حصل بصنع الزوجين، غلب جانب الزوج؛ كالخلع.

واعلم أن بعض الشارحين أضاف لقول الشيخ: وقيل: لا يسقط: أي: النصف، بل [يسقط][٧] الكل، واعتقد بأن الشيخ أراد بالقول الأول سقوط نصف الصداق، وبقاء النصف لها، وليس كذلك؛ فإن الفرقة الحاصلة قبل الدخول تسقط نصف الصداق قولاً واحدًا بأي جهة كان الفراق، إلا ما ذكرته في العنة؛ فلا يحتاج إلى دليل عليه، وإنما الكلام في النصف الآخر، هل يسقط؟ ومثار الخلاف: أن الفرقة الحاصلة بالبيع - والصورة هذه - تحال على جانبه أو جانبها؟ ثم على الوجه الثاني: إذا كان الصداق دينًا، ولم تقبضه، فقد ملكت عبدًا [لها][٨] في ذمته دين وفيه وجهان:

---

(١) في د: يتمادى.
(٢) سقط في د.
(٣) في س: لا يسبب.
(٤) في س: تفريع.
(٥) في س: المتمكنة.
(٦) في س: لا ينفسخ.
(٧) سقط في س.
(٨) سقط في س.

أحدهما: يسقط؛ كما لا يثبت لها عليه دين ابتداء[(١)].

وأصحهما: أنه يبقى كما كان.

أما إذا اشترته[(٢)] بعين الصداق؛ بأن يكون السيد قد ضمنه في ذمته، أو قلنا بالقول القديم، أو دفع إليه السيد عينًا[(٣)]؛ ليصدقها لزوجته، فأصدقها إياها، ثم اشترته بها، فإن قلنا: يسقط الجميع، لم يصح البيع، ويستمر النكاح؛ لأنه لو صح لملكته، وانفسخ النكاح، وإذا انفسخ سقط المهر، وعرى البيع عن العوض، وإذا عرى البيع عن العوض - بطل، فتصحيحه يجر إلى بطلانه.

وقال الشيخ أبو علي: عندي أنه يصح [البيع][(٤)] ويبطل النكاح؛ لأن البيع وفسخ النكاح لا يقعان معًا، بل يقع[(٥)] الفسخ بعد البيع وحصول الملك؛ حتى لا يحكم بانفساخ النكاح ما داما في المجلس إن قلنا: إن الخيار يمنع حصول الملك، وإذا كان الانفساخ عقيب الملك؛ فيكون ملكها عين الصداق زائلا مع حصول ملكها للرقبة، فلا يبطل بالانفساخ، بل أثر الانفساخ الرجوع إلى بدل الصداق؛ وهذا[(٦)] الذي ذكره الشيخ أقامه صاحب التتمة وجهًا.

وإن فرعنا على التشطير، وكان دينًا؛ فينبني على أن من ملك عبدًا وله عليه دين، هل يسقط؟ فإن قلنا: يسقط، لم يصح البيع أيضًا؛ لما[(٧)] قررناه.

وإن قلنا: لا يسقط، بطل البيع في النصف وفي الباقي [قولا][(٨)] تفريق الصفقة؛ كذا قاله الغزالي.

والذي أجاب به الشيخ أبو حامد، وهو الأظهر: أنه يصح البيع؛ لأنا إذا حكمنا بانتقال الملك في رقبة العبد إلى الزوجة، لزم منه الحكم ببراءة ذمة العبد عن الصداق حالة الحكم بانتقال الملك إليها، وإذا كان كذلك، فما ملكت عبدًا لها عليه دين؛ فيتجه صحة البيع قطعًا.

ويؤيد ذلك أن العبد الجاني إذا اشتراه المجني عليه بالأرش؛ فإنه يصح الشراء، وقد صرح بذلك الغزالي في كتاب الجنايات، وكان مقتضى ما ذكره هنا

---

(١) في د: ابدًا.
(٢) في د: اشتراه.
(٣) في د: شيئًا.
(٤) سقط في س.
(٥) في د: يكون.
(٦) في س: وهو.
(٧) في د: كما.
(٨) سقط في د.

من البيان: ألا يصح، والله أعلم.

والأمة إذا اشترت زوجها بإذن سيدها، أو كانت مأذونًا لها في التجارة، فيصح البيع، ويتم[(١)] النكاح؛ لأن الملك للسيد.

قال: وإن اشترى زوجته سقط كله؛ لأن السيد هو المختار للفرقة؛ حيث عين الزوج للبيع منه [مع][(٢)] إمكان جواز البيع من غيره، وهو كما غلبنا جانب الزوج في المخالعة. لإمكانها مع غير الزوجة.

وقيل: يسقط النصف، وهو المنصوص؛ على ما حكاه أبو الفرج السرخسي، والمذهب في النهاية على ما حكاه في المتعة؛ لأن الفرقة إنما تحصل بالملك، وحصول الملك يعتمد قبوله، ويخالف الخلع؛ فإن الخلع مع غيرها يوجب الفرقة، وهنا البيع من غير الزوج لا يوجب الفرقة.

وعلل في المهذب هذا الوجه في كتاب المتعة بأنه لا مزية لأحدهما على الآخر في العقد؛ فسقط حكمهما، وصار كما لو[(٣)] حصلت الفرقة من جهة أجنبي.

قال: وقيل: إن استدعى الزوج بيعها، وجب النصف، وإن استدعى السيد لم يجب؛ لأنهما استويا في أن الموجود من[(٤)] كل واحد [منهما][(٥)] شق العقد؛ فرجح بالاستدعاء، وإنما لم يجئ هذا القول في المسألة الأولى؛ لأن الزوج لا صنع له، ولا فعل من جهته حتى نقول: عارض فعله فعلها؛ حتى رجح[(٦)] بالاستدعاء، وهنا الزوج ومن يستحق الصداق صدر منهما[(٧)] العقد، ولا مزية لأحدهما على الآخر؛ فرجح بما ذكرناه.

فرع: لو وَرِثَ زوجته، أو ورثت زوجها، قبل الدخول، فهل ينشطر الصداق، أو يسقط جميعه؟ مذهب ابن الحداد: السقوط[(٨)]؛ لأنه لا صنع منه، [وهو ما أورده الإمام في كتاب الإجارة في ضمن فصل، أوله: لا تنفسخ الإجارة بموت أحدهما][(٩)]، والأصح خلافه؛ إذ[(١٠)] لا صنع منها أيضًا، وهذا يكفي لبقاء

(١) في س: ويستمر.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: إذا.
(٤) في د: في.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: يترجح.
(٧) في د: منها.
(٨) في س: أنه يسقط.
(٩) سقط في س.
(١٠) في د: أو.

التشطير[١] كما لو أرضعت، وانفسخ النكاح به.

ومن الأصحاب من رأى السقوط فيما إذا ورثت زوجها أولى؛ لأن سببه منها؛ قاله في الذخائر في نكاح الأمة.

قال: ومتى ثبت له الرجوع بالنصف، فإن كان باقيًا على جهته، رجع في نصفه؛ للآية، وهل يفتقر إلى اختيار التمليك، أو يرجع إليه بنفس الطلاق؟ فيه وجهان:

أصحهما: الثاني، ويروى أنه المنصوص.

والأول اختيار أبي إسحاق وفي بعض الشروح نسبته إلى ابن سريج.

ولو كان الصداق دينًا، سقط نصفه من ذمة الزوج بالطلاق[٢] على الأصح، وعند الاختيار على الوجه الثاني.

فإن كانت قبضته، فهل يتعين[٣] حقه في[٤] المقبوض، أو لها أن تؤدي حقه من[٥] موضع آخر؟ فيه وجهان، أقربهما: الأول.

ولا يشترط لرجوع النصف قضاء[٦] القاضي بأنه[٧] له على ظاهر المذهب.

وحكي قول على القديم: أنه يشترط.

ومنهم من حكى الاشتراط وجهًا، وامتنع المعظم من إثباته قولاً أو وجهًا.

فرع[٨]: على قولنا: لا يعود الشطر إلا باختيار التملك[٩]، لو طلقها على أن يسلم لها كل الصداق، فيسلم لها جميعه.

ولو طلق[١٠]، ثم قال: أسقطت[١١] خياري، أشار الغزالي فيه إلى احتمالين:

أرجحهما: أنه لا يسقط؛ كما لو أسقط الواهب خيار الرجوع.

ثم قال الرافعي: ويجوز أن يسوي بين هذه الصورة والتي قبلها.

ولو حصلت زيادة منفصلة، فهي للمرأة، وإن كانت متصلة، فهل يمنع الزوج إلا برضا المرأة؛ كالزيادة الحادثة قبل الطلاق؟ فيه وجهان:

---

(١) في س: الشرط.
(٢) في د: بالاطلاق.
(٣) في د: يتغير.
(٤) في س: من.
(٥) في د: في.
(٦) في س: قضى.
(٧) في س: أنه.
(٨) في د: فروع.
(٩) في س: التمليك.
(١٠) في س: طلقها.
(١١) في س: أسقط.

أشبههما أن له أن يرجع [من غير][1] رضاها؛ لأنها حصلت بعد تعلق الحق، فصار ككبر الأشجار في الشقص المشفوع بعد البيع، وقبل علم الشفيع.

وهل تملك المرأة التصرف فيه قبل الاختيار؟ فيه وجهان:

قال الإمام: القياس أنها تملكه[2]؛ كما قبل الطلاق.

فرع: وإذا[3] قلنا: تملكه بنفس الطلاق، فهل هو في يدها مضمون أو أمانة؟ مذهب العراقيين: الأول.

وقال المراوزة: إنه أمانة، وتظهر فائدة الخلاف في أن الواجب عليها التسليم أو التمكين؟ وفيما إذا تلف قبل الطلب من غير[4] تعدٍّ تعيب[5].

ولو اختلفا على قول الضمان، هل حصل العيب بعد الطلاق أو قبله، فمن المصدق؟ فيه وجهان في التتمة.

قال: **وإن كان فائتًا** - أي: إما بتلفه، أو لخروجه عن ملكه - **أو مستحقًّا بدين** - أي: مرهونًا به - أو أفلست، وحجر عليها قبل الطلاق أو بشفعة، **رجع [إلى][6] نصف قيمته أقل ما كانت[7] من يوم العقد إلى يوم القبض**، أي: إذا كان من ذوات القيم[8]، وإلا فالمثل؛ لأنها إن كانت يوم العقد أقل، فالزيادة حصلت في ملكها؛ فلم يرجع في نصفها، وإن كانت يوم [العقد][9] أكثر، ثم نقصت، كان النقصان في يده؛ فلا يرجع به.

وفيه وجه: أنه يقدم الزوج عند[10] مزاحمة الشفيع إياه، فلو أخذ الزوج الشطر، ثم جاء الشفيع طالبًا، فهل يستقر أخذه؟ فيه وجهان على قولنا: إن الشفيع يقدم عند التزاحم.

وفي [تقديم][11] الزوج بالشطر على الغرماء عند الفلس [وجه][12] محكي في النهاية [عند الكلام][13] فيما إذا كان الصداق زائدًا.

---

(١) في س: بغير.
(٢) في س: مملكه.
(٣) في س: إذا.
(٤) في س: بغير.
(٥) في د: تعنت.
(٦) سقط في س.
(٧) في د: كان.
(٨) في د: القسم.
(٩) بياض في س.
(١٠) في د: نصف.
(١١) في س: تقدم.
(١٢) سقط في س.
(١٣) سقط في د.

ولو طلقها وقد كاتبت [عبد][(١)] الصداق، ففي التهذيب وغيره: أنه لا يرجع فيه.

ويتجه أن يكون في رجوعه قولان؛ كما في رجوع الأب فيه إذا كاتبه الابن الموهوب له، وهما في الهبة مبنيان[(٢)] على جواز بيعه، وإذا جوزنا الرجوع، فالكتابة لا تبطل على الأصح؛ كما في البيع.

ويمكن أن يفرق بينهما بأن الواهب لو لم يجز[(٣)] له الرجوع فيه، لبطل حقه من الرجوع، ولا بدل يجبره، وهنا إذا تعذر عليه الرجوع، رجع إلى القيمة[(٤)]، وهي جابرة لحقه؛ فلا يبطل تعلق حقها السابق، وحكم التعلق[(٥)] بكل حق لازم حكم الرهن، أما إذا تعلق به حق غير لازم: كالوصية، والهبة، والرهن قبل القبض، فللزوج أن يرجع في نصفه.

وفي الشامل والتتمة حكاية قول: أنه يرجع[(٦)] في نصف الموهوب.

ولو باعته[(٧)] بشرط الخيار، وطلقها في مدة الخيار، فإن جعلنا الملك للبائع، فهو كالهبة قبل القبض، وإن قلنا: للمشتري، فلا رجوع له إلى العين[(٨)]؛ كذا قاله ابن الصباغ، والمتولي.

ولو كان الصداق عبدًا، فدبرته، فهل يمتنع[(٩)] الرجوع؟ فيه ثلاثة طرق:

أحدها: أن في تمكينه من الرجوع قولين؛ بناء على أنه وصية أو تعليق[(١٠)] عتق بصفة.

فإن قلنا بالأول، فله الرجوع، وإلا فلا.

والطريق الثاني - وهو قضية نصه في الأم-: القطع بأنه لا يرجع، وإن قلنا: إنه وصية؛ لأن التدبير قربة؛ فليس للزوج[(١١)] تفويتها؛ كالزيادة المتصلة.

والثالث: القطع بأنه يرجع: أما إذا قلنا: [بأنه وصية][(١٢)] فظاهر، [وأما إذا قلنا:

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: ينبنيان.
(٣) في س: يجوز.
(٤) في س: قيمته.
(٥) في س: التعليق.
(٦) في س: لا يرجع.
(٧) في س: باعه.
(٨) في س: الغير.
(٩) في س: يمنع.
(١٠) في د: التعليق.
(١١) في س: للسيد.
(١٢) في د: أنه وصيته.

تعليق عتق بصفة][1]؛ فلأنه يرتفع[2] بإزالة الملك، والطلاق يتضمن إزالة الملك، وأيضًا: فهو لا يمنع إزالة [الملك][3] اختيارًا، فأولى ألَّا يمنع الرجوع القهري.

قال في الشامل: وهذا أقيس، ومتى[4] قال بهذه الطريقة، حمل قوله: لا يرجع على أنه لا يتعين الرجوع إلى نصف العبد[5] بل له أن يعدل إلى نصف القيمة؛ لأن التدبير يبقى في النصف الآخر؛ وذلك مما يوجب[6] نقصان القيمة؛ وبهذا أجاب في التتمة. وحكى أبو عبد الله الحناطي وجهًا: أنه يرجع في النصف وينتقص[7] التدبير في الكل.

وسواء ثبت الخلاف، أو لم يثبت، فالظاهر أن التدبير يمنع الرجوع.

ثم الحكاية عن شرح أبي إسحاق: أن الخلاف فيما إذا كانت المرأة موسرة، فإن لم تكن، فله الرجوع إلى نصف العبد[8] لا محالة.

ولو علقت عتق العبد على صفة، ففيه [خلاف مرتب على التدبير، وأولى بأن يمنع الرجوع.

وقيل: أولى بألا يمنع.

ولو أوصت بعتقه فهو كالتدبير في منع الرجوع، فيه][9] وجهان، أظهرهما -وبه أجاب الشيخ أبو حامد-: أنه لا يمنع؛ لأن الإيصاء ليس عقد قربة.

فرع: إذا كان الصداق حين الطلاق مرهونًا، فقال: أصبر إلى انفكاك الرهن، فإن قال: أتسلم ثم أسلم إلى المرتهن، فليس لها[10] الامتناع منه.

وإن قال: لا أتسلم وأصبر فلها ألَّا ترضى به، وتدفع إليه نصف القيمة؛ لما عليها من خطر الضمان.

فلو أبرأها عن الضمان، وصححنا الإبراء، أو قلنا: إنه غير مضمون عليها؛ كما ذهب إليه المراوزة - فوجهان:

أحدهما: أنه لا يجب عليها الإجابة - أيضًا - لأنه قد يبدو له؛ فيطالبها

---

(١) في د: وإن قلنا بتعليق.
(٢) في س: يرجع.
(٣) سقط في د.
(٤) في س: من.
(٥) في د: القيمة.
(٦) في س: بما يوجب.
(٧) في د: ومقتضى.
(٨) في س: العيب.
(٩) سقط في د.
(١٠) في س: به.

بالقيمة، وقد تخلو يدها عن القيمة يومئذ.

والثاني هو مذهب العراقيين: أنه ليس [لها الامتناع][(١)].

فإن لم نوجب الإجابة، ولم يطالبها إلى أن انفك الرهن، فهل يتعلق حقه بالعين[(٢)] أو القيمة؟ فيه وجهان:

أصحهما في التهذيب[(٣)]: الثاني.

فرع: لو زال ملكها عن الصداق، ثم عاد قبل الطلاق، فهل يتعلق حقه بالعين[(٤)] أو القيمة؟ فيه وجهان:

[الأصح منهما][(٥)] وهو المذهب في التهذيب، وما أجاب به في الشامل، والمهذب: التعلق بالعين، بخلاف الهبة؛ لأن الرجوع في الهبة يختص بالعين دون بدلها، ورجوع الزوج لا يختص بالعين، بل يتعلق بالبدل، فالعين[(٦)] العائدة أولى بالرجوع من بدل الفائت.

ولو كاتبت عبد الصداق، وعجز نفسه، ثم طلقها، فعن القاضي الحسين إجراؤه مجرى الزوال اللازم.

وقال الإمام: ينبغي ألّا يترتب هذا على زوال الملك؛ لأن المكاتب عبد[(٧)] ما بقي عليه درهم.

قال الرافعي: ولا شك أن عروض الرهن وزواله قبل الطلاق لا يؤثر.

قلت: ويتجه أن يخرج فيه وجه من زوال الرهن في العين الموهوبة؛ فإنه لا يثبت للأب الرجوع على وجه يحكى[(٨)] في الذخائر.

ويمكن أن يفرق بينهما بالفرق المذكور من قبل.

قال: وإن كان زائدًا زيادة منفصلة: كالولد، والثمرة، رجع في نصفه دون الزيادة[(٩)] - أي: سواء حصلت في يده، أو في يدها - لأنها غير مفروضة، ولأنها زيادة متميزة، حدثت في ملكها؛ فلم تتبع الأصل في الرد؛ كما لو[(١٠)]

---

(١) في س: له الانتفاع.
(٢) في د: بالتقين.
(٣) في د: نهاية.
(٤) في س: باليقين.
(٥) في س: أصحهما.
(٦) في س: أو العين.
(٧) في س: مَن.
(٨) في س: محكي.
(٩) في التنبيه: زيادته.
(١٠) في س: في.

رد المبيع بالعيب.

واعلم: أن قولنا: إنه يرجع في نصف الأم دون الولد مفروض في غير الجواري، فأما في الجواري، فليس له الرجوع في نصف الأم، على ما قاله ابن الصباغ والمتولي؛ لأنه يتضمن التفرقة بين الأم والولد في بعض الزمان، لكنه يرجع إلى القيمة.

فإن قيل: قد حكيتم أن الصحيح جواز الرد بالعيب وإن لزم منه التفريق؛ لأنه يقع(١) بطريق التبع، فهلا كان هذا مثله.

قيل: لو منع ذلك في البيع، لزم أن يبقى المعيب(٢) في ملكه، وذلك ضرر لا يجبره الأرش من كل وجه، وهنا المأخوذ جابر [للضرر](٣) من كل وجه؛ فلا ضرورة في التفريق.

ثم ما ذكرناه في غير الجواري مفرع على المذهب في أن التفرقة لا تحرم، أما إذا فرعنا على مذهب الصيمري في أن التفرقة محرمة في سائر الحيوانات فيتجه(٤) أن [يكون](٥) الحكم كما في الآدميات.

قال: [**ولو كانت زيادة**](٦) **متصلة، كالسمن والتعليم** - أي: وما في معناه، من طول الشجرة، وكبرها - فالمرأة بالخيار بين أن ترد النصف زائدًا - أي: ويجبر(٧) الزوج على قبوله؛ لأنه نصف المفروض مع زيادة لا تتميز، وفي(٨) المجرد للحناطي وجه: أنه لا يجبر على القبول؛ لما فيه من المنة.

والظاهر الأول؛ لأن هذه الزيادة لا تنفرد(٩) بالتصرف، بل هي تابعة(١٠)؛ فلا تعظم فيها المنة.

قال: وبين(١١) **أن تدفع إليه قيمة النصف**؛ لأن الزيادة غير مفروضة، ولا يمكن الرد دونها؛ فجعل المفروض كالهالك.

ثم المعتبر في القيمة أقل قيمة من يوم الإصداق إلى يوم التسليم إلى المرأة؛

---

(١) في س: لأنه يقطع.
(٢) في س: العيب.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: متجه.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: وإن كانت الزيادة.
(٨) في د: لا تتمزق في.
(٩) في د: لا تقود.
(١٠) في س: مانعة.
(١١) في د: ومتى.

كما ذكرناه من قبل.

وقال الإمام: كنت أود لو قيل إذا لم يطرأ عيب، وإنما وجد تفاوت القيم بارتفاع الأسواق: أن يكون الاعتبار بقيمة يوم الطلاق؛ فإن الشطر إنما يرتد إلى الزوج يومئذ والعين[١] قائمة، ولكنها لا تردها لمكان الزيادة؛ فالوجه أن نقول: ما قيمة هذه العين لو لم تكن زيادة، فنعتبرها؟

وأجاب عنه الغزالي بأن الزيادة المفروضة[٢] للرجوع؛ فكان كفوات العين.

ثم قال الأصحاب: ولا تمنع الزيادة المتصلة الاستقلال[٣] بالرجوع إلا في هذا الموضع، وأما في غيرها فلا تمنع؛ كما إذا أفلس المشتري بالثمن [والعين زائدة، ورجوع][٤] الأب فيما وهبه لولده، وهو زائد، ورد المبيع بالعيب، والثمن زائد، أو رد الثمن بالعيب، والمبيع زائد.

وفرقوا بأن الملك في هذه المسائل رجع بطريق الفسخ، والفسخ محمول على العقد ومشبه به[٥]، والزيادة تتبع الأصل في العقود فكذلك [في][٦] الفسوخ، وعود الملك في الشطر بالطلاق ليس على سبيل الفسخ؛ ألا ترى أنه لو سلم[٧] العبد الصداق من كسبه، ثم عتق، وطلق، كان الشطر له لا للسيد، ولو كان سبيله سبيل الفسوخ، لعاد إلى الذي خرج عن ملكه، وإنما هو ابتداء ملك ثبت فيما فرض صداقًا لها، وليست الزيادة فيما فرض.

وفرق أبو إسحاق بين الصداق وبين إفلاس المشتري بأن في الفلس لو منعناه [من الرجوع إلى][٨] العين، لم يتم له الثمن؛ لمزاحمة الغرماء، وهنا إذا لم يرجع إلى العين تسلم له القيمة بتمامها؛ فلا يلحقه كثير ضرر[٩]؛ حتى لو كانت مفلسة محجورًا عليها عند الطلاق فلو ترك العين، لاحتاج[١٠] إلى المضاربة؛ فإنه يرجع في العين [مع الزيادة][١١]، ولا يحتاج إلى رضاها.

قال في الشامل: وما قاله يلزم عليه إذا وجد بالثمن عيبًا، وقد زاد المبيع زيادة

---

(١) في س: الغير.
(٢) في س: كالمقرضة.
(٣) في س: بالاستقلال.
(٤) في د: والغير زائد، ورجع.
(٥) في د: وشبه به.
(٦) سقط في س.
(٧) في د: أسلم.
(٨) في س: من.
(٩) في د: حزن.
(١٠) في س: لا يحتاج.
(١١) في س: بدون الزيادة.

متصلة، فإنه يمكنه الرجوع إلى الأرش، ومع هذا يرجع في العين.

وعَّول الأكثرون على الفرق الأول وأبوا استقلاله [بالرجوع][1] وإن كانت[2] محجورًا عليها.

وحكم الزوائد المتصلة والمنفصلة فيما سوى الطلاق في[3] الأسباب المشطرة[4] حكمها في الطلاق.

وما يوجب عود جميع الصداق إلى الزوج ينظر فيه:

إن كان سببه عارضًا كالرضاع، وردتها، فكذلك.

وفي ردتها [وجه: أن][5] الزوج يستقل بالرجوع[6] بالزيادة[7] المتصلة.

وإن كان سببه الفسخ بالعيب المقارن، فالزيادة لا تمنع الرجوع.

وفي التتمة بناه على أن الفسخ إذا اتفق بعد الدخول، هل يسلم لها المسمى؟ إن قلنا: نعم، فهو كما لو كان السبب عارضًا، وإن قلنا بوجوب مهر المثل، بني[8] على أن الفسخ يستند إلى وقت العقد، ونقول [بارتفاع العقد في أصله][9] أو لا؟ وفيه خلاف.

وإن قلنا: لا؛ فالحكم كذلك.

وإن قلنا: نعم؛ فيعود إليه بزوائده المتصلة والمنفصلة.

تنبيه: هذا الخيار ليس على الفور، لكنه إذا توجهت طلبة الزوج لا تتمكن المرأة من التأخير، بل تكلف اختيار[10] أحدهما، والزوج[11] لا يجزم دعواه في القيمة ولا في العين؛ فإن إثبات الخيرة إليها، يمنع الجزم، ولكن يطالبها بحقه[12] عندها، فإن امتنعت، قال الإمام: فالقاضي لا يقتضي[13] منها على أن يحبسها؛ لتبذل القيمة أو العين، بل يحبس عين الصداق عنها إذا كانت حاضرة؛ فإن تعلق حق الزوج بالصداق فوق حق المرتهن، فإذا أصرت على الامتناع، فإن كان نصف القيمة أقل من نصف العين للزيادة، يبيع[14] ما يفي بالواجب، فإن لم يرغب في

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: كان.
(٣) في س: من.
(٤) في د: المسيطرة.
(٥) في د: وجد أن.
(٦) في د: فيقل الرجوع.
(٧) في س: مع الزيادة.
(٨) في س: فينبني.
(٩) في س: بارتفاعه من أصله في العقد.
(١٠) في س: يكلف إخبار.
(١١) في س: وللزوج.
(١٢) في س: بحقها.
(١٣) في س: يقتصر.
(١٤) في س: فيبيع.

شراء البعض، باع الكل، وصرف الفاضل عن القيمة الواجبة إليها.

وإن كانت نصف القيمة مثل نصف العين، ففيه احتمالان للإمام:

أظهرهما - وهو ما ذكره الغزالي -: أنه يسلم نصف العين إليه، ولكن لا يملكه ما لم يقضِ القاضي به؛ لأنه يدرك بالاجتهاد، ومن نصِّ الشافعي وعلى هذا غلط من اعتبر القضاء في أصل التشطير.

والثاني: لا يستلم، بل تباع؛ رجاء أن يجد زبونًا.

قلت[١]: وهذا [شبيه][٢] ما إذا فسخ عقد القراض، ورأس المال عروض قيمتها قدر رأس المال، فرضي[٣] رب المال بها، وأبى العامل إلا البيع؛ لاحتمال وجود زبون، فمن المجاب منهما؟ فيه وجهان في النهاية.

والأصح: إجابة المالك؛ إذ[٤] الزيادة بارتفاع الأسواق لا أثر لها في منع الرجوع.

فرع[٥]: لو كان الصداق نخلاً، وعليها طلع مؤبر حين الطلاق خاصته[٦]؛ فبذلت المرأة نصفها مع الطلع، أجبر على أخذ ذلك على المنصوص؛ كالسمن.

وإن بذلتها دون الطلع فلا؛ خلافًا للمزني.

وإن طلب الزوج نصف النخل، وترك الثمرة إلى أوان الجذاذ، فهل تجبر؟ فيه وجهان.

قال: **وإن كان ناقصًا** - أي: نقصان صفة - مثل أن كان عبدًا، فعمي، [أو مرض][٧]، أو نسي الحرفة[٨] في يدها، أو كان أمة فزوجها - **فالزوج بالخيار بين أن يرجع فيه ناقصًا** - أي: ولا أرش له - كما إذا تعيب المبيع في يد البائع، **وبين أن يأخذ نصف قيمته**[٩]؛ دفعًا للضرر عنه، وليس [هذا][١٠] كما إذا نقص

(١) في س: قال.
(٢) سقط في د.
(٣) في س: ورضي.
(٤) في س: آخر.
(٥) في س: قال.
(٦) في د: خافته.
(٧) سقط في س.
(٨) في س: الحلق.
(٩) قوله: وإن طلق قبل الدخول، وكان الصداق ناقصًا نقصان صفة، فالزوج بالخيار بين أن يرجع فيه ناقصًا من غير أرش، وبين أن يأخذ نصف قيمته. انتهى كلامه.
ومحله: إذا كان متقومًا، فإن كان مثليًّا، فإنه يرجع إلى نصف مثله، كذا نبه عليه المصنف في المطلب، وهو صحيح. [أ و].
(١٠) سقط في س.

الصداق في يد الزوج، وأجازت؛ فإنها تغرمه الأرش على قول ضمان اليد؛ لأن الصداق في يده ملك لها، وهو مضمون عليه؛ فجاز تضمينه الأرش، وهنا الصداق ملكها[1] في يدها، فكيف تضمن أرش النقصان؟

قال الإمام: ويحتمل أن يقال: عليها الأرش؛ لأنه لو تلف في يدها، لرجع الزوج إلى نصف قيمته، ومن يغرم القيمة عند التلف لا يبعد أن يغرم الأرش عند النقصان؛ ألا ترى أنه لو اشترى عبدًا بجارية، وتقابضا، ثم وجد مشتري العبد به عيبًا فرده وبالجارية عيب حادث، فإنه يستردها مع الأرش، وإن كان العيب قد وجد في دوام ملك قابض الجارية كما جرى العيب في الصداق.

قلت: ويؤيد ذلك أن المبيع إذا تعيب في يد المشتري، ثم تحالفا، فإنه يضم إليه أرش العيب، وإن كان قد حدث في ملكه؛ كما حكاه الغزالي.

وقد أقام الغزالي هذا الاحتمال وجهًا مخرجًا مع ظاهر المذهب مع أن [الإمام أبدى احتمالاً في التشبيه، وقد حكى الغزالي في آخر كتاب الغصب في المسألة][2] المستشهد بها أنه لا يرجع بالأرش، وجزم به.

وحكى الإمام فيها في آخر النهاية وجهين، وهما كالوجهين في الشاة المعجلة إذا تعيبت في يد الفقير، ثم هلك المال، هل[3] يرجع بالأرش على الفقير؟ والأصح فيها عدم الرجوع على ما حكاه ابن يونس.

ولو حصل النقصان في يده قبل أن تقبضه المرأة وأجازت، فله عند الطلاق نصفه ناقصًا، و[ليس][4] له الخيار، ولا طلب الأرش.

نعم، لو حدث بجناية جان وأخذت منه الأرش، ففي الرافعي وجهان:

أصحهما: أنه يرجع إلى نصف الأرش مع نصف العين.

وفي النهاية أبدى ذلك ترددًا للقاضي.

وقال الروياني: الظاهر أن الزوج يرجع بنصف ذلك الأرش.

وأما نقصان الجزء كما إذا أصدقها عبدين، وقبضتهما وتلف أحدهما في يدها، ثم طلقها قبل الدخول - ففيه ثلاثة أقوال:

أصحها: على ما حكاه في التهذيب-: أن الزوج يرجع إلى نصف الباقي، ونصف قيمة التالف.

---

(١) في س: ملكًا.
(٢) سقط في س.
(٣) زاد في س: في أن المالك.
(٤) سقط في س.

والثاني: أنه يأخذ الباقي بحقه إن استوت قيمتهما.

والثالث: أنه يتخير بين أن يأخذ نصف الباقي ونصف قيمة التالف، وبين أن يأخذ نصف قيمة العبدين، ويترك الباقي.

فرع: لو طلقها[١] وقد أجرت الصداق، فالزوج بالخيار إن شاء رجع إلى نصف القيمة في الحال؛ لما حصل من النقصان بسبب استحقاق الغير[٢] المنفعة، وإن شاء رجع إلى نصف العين مسلوبة المنفعة إلى انقضاء مدة الإجارة.

وفي النهاية: أن الشيخ أبا محمد أجاب بمنع الرجوع إلى العين إذا منعنا بيع العين المستأجرة على[٣] الأول لا يرجع عليها [إذ لا يرجع عليها][٤] إذا رجع في العين بأجرة مثل ما بقي من مدة الإجارة، بخلاف ما إذا جرى التحالف وقد أجر المشتري العين المبيعة، وجوزنا الرجوع في العين على قول؛ بناء على صحة [بيع][٥] المستأجر، فإن أجرة المدة الباقية تكون للمشتري، وعليه للبائع أجرة مثل ما بقي من المدة؛ لأن التحالف [يرفع العقد][٦] الأول، إما من أصله، أو حينه؛ فبه يتبين أن منفعة المدة الباقية للبائع، وقد أحال بينه وبينها، وهنا الطلاق لا يرفع العقد الأول، وإنما يحصل الملك حين وقوعه، وهي في تلك الحالة غير مالكة للمنفعة، [وهو][٧] إنما يرجع بنصف ما تملكه.

ولو قال الزوج: أصبر إلى انقضاء مدة الإجارة، فالحكم كما لو قال: أصبر إلى فكاك[٨] الرهن، وقد تقدم.

ولو كان الصداق زائدًا من وجه، وناقصًا من وجه: كما إذا أصدقها عبدًا صغيرًا فكبر، فإنه نقصان من جهة نقص القيمة، ومن جهة أن الصغير يصلح للقرب من الحرم والبعد[٩] عن الغوائل، وزيادة من جهة أنه أقوى على الشدائد والأسفار؛ وكما إذا تعلم حرفة ومرض - فلكل واحد منهما الخيار على معنى: أن للزوج ألَّا يقبل العين؛ للنقصان، ويعدل إلى نصف القيمة، وللزوجة ألَّا تبذل

---

(١) في س: أصدقها.
(٢) في س: العين.
(٣) في س: وعلى.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في د.
(٦) في س: رفع للعقد.
(٧) سقط في س.
(٨) في س: انفكاك.
(٩) في س: أبعد.

العين، وتعدل إلى نصف القيمة.

وإن اتفقا على الرجوع جاز، ولا شيء لأحدهما على الآخر، ولا اعتبار بزيادة القيمة، بل كل ما يحدث فيه منفعة وفائدة مقصودة فهو زيادة من ذلك الوجه وإن أنقصت[(١)] القيمة؛ كما ذكرنا في العبد.

والحمل زيادة من وجه؛ لتوقع الولد، ونقصان من وجه؛ للضعف في الحال، ولخطر الولادة؛ فلا يجبر واحد منهما.

وحكى أبو عبد الله الحناطي وجهًا: أنه يجبر إذا رضيت برجوعه إلى نصف الجارية وهي حامل؛ بناء على أن الحمل لا يعلم، وقضية هذا أن تجبر -أيضًا[(٢)]- إذا رغب الزوج في الرجوع إلى نصفها.

وأما الحمل في البهيمة، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه زيادة محضة.

وأظهرهما: أنه [كما في الجواري][(٣)]: أما إذا كانت مأكولة؛ فلأن لحمها [لا يطيب، وأما إذا كانت غير مأكولة؛ فلأنها لا تحمل][(٤)] [ما كان][(٥)] يحمل عليها قبل الحمل.

فائدتان[(٦)]:

إحداهما: مباحثة قالها الإمام، وهي إذا طلق الرجل امرأته، وصادف الصداق معيبًا[(٧)] في يدها، فقد ذكرنا أنه إن أراد رجع [إلى نصف][(٨)] القيمة، وكذلك لو تلف الصداق في يدها، ثم طلقها؛ وهذا كلام أطلقه الفقهاء، وتساهلوا في إطلاقه والغرض منه [تبيين سؤال][(٩)]، فإن قال قائل: يرجع الزوج بنصف قيمة الكل، أو بقيمة[(١٠)] نصف الكل، وبينهما تفاوت.

قلنا: يرجع بقيمة نصف الكل؛ فإنه[(١١)] لم يفته إلا نصف الكل.

قلت: ومما يؤيد ذلك أنه من أعتق نصف عبد يملكه وهو موسر، وسرى إلى

---

(١) في س: انتقصت.
(٢) في س: أحدهما.
(٣) في س: كالجواري.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في س.
(٦) في د: فائد ثاني.
(٧) في س: معينًا.
(٨) في س: يتصف.
(٩) في س: تبين بسؤال.
(١٠) في س: وبقيمة.
(١١) في س: لأنه.

نصف شريكه، يجب عليه قيمة نصفه، لا نصف قيمته، وقد صرح بذلك -أيضًا- الشيخ في المهذب(١).

الثانية: حيث أثبتنا الخيار للمرأة بسبب زيادة في الصداق، أو للزوج بسبب نقصان فيه، أو لهما؛ لاجتماع المعنيين - فلا يملك الزوج [قبل التشطير، لكن](٢) يختار من له الخيار العين إذا كان الخيار لأحدهما وقبل أن يتفقا عليها(٣) إذا كان لهما، وإن قلنا: [إن](٤) الطلاق يشطر الصداق، وإلا لما كان للتخيير واعتبار التوافق معنى، والله أعلم.

قال: وإن كانت قد وهبت منه الصداق قبل الطلاق - أي: وبعد قبضه - **ففيه قولان:**

أصحهما: أنه يرجع عليها بنصف بدله؛ لأنه ملك جديد حصل له قبل الطلاق؛ فلا يمنع الرجوع عند الطلاق؛ كما لو انتقل إليه من أجنبي أو بالشراء.

والثاني: لا يرجع، وهو القديم، واختاره المزني، وهو الأصح في التهذيب؛ لأنها عجلت له ما يستحقه بالطلاق؛ فلا تبقى المطالبة عند الطلاق؛ وهذا كما أن من عجل الزكاة قبل الحول، لا يطالب بها عند المحل(٥).

أما إذا وهبته(٦) منه قبل(٧) القبض، ففي صحة الهبة وجهان؛ [بناء](٨) على قولنا: إنه مضمون ضمان عقد؛ كما في هبة المبيع من البائع، فإن صححنا الهبة، ففي الرجوع طريقان:

---

(١) قوله: قال الإمام: فإن قال قائل: يرجع الزوج بنصف قيمة الكل أو بقيمة نصف الكل، وبينهما تفاوت.
قلنا: يرجع بقيمة نصف الكل، فإنه لم يفته إلا ذلك.
قلت: ومما يؤيد ذلك أن من أعتق نصف عبد يملكه وهو موسر، وسرى إلى نصف شريكه، يجب عليه قيمة نصفه لا نصف قيمته.
وقد صرح بذلك - أيضًا - الشيخ في المهذب. انتهى كلامه.
واستشهاده واستدلاله بمسألة العتق يقتضي الاتفاق عليها، وهو عجيب، فإن كلام الأصحاب مختلف فيها -أيضًا- حتى اختلف فيه كلام الرافعي، كما أوضحته في كتاب العتق من المهمات، فراجعه.[أ و].

(٢) في س: الشطر قبل أن.
(٣) في س: عليه.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: الحول.
(٦) في س: وهبت.
(٧) في س: قبيل.
(٨) سقط في س.

أحدهما: طرد القولين.

والثاني - حكاه الحناطي-: القطع بعدم الرجوع، والظاهر التسوية؛ كما حكاه في الشامل والتتمة، والله أعلم.

قال: وإن كان دينًا، فأبرأته منه، ففيه قولان - أي: إذا قلنا بأنه يرجع في المسألة الأولى-:

أصحهما: أنه لا يرجع عليها؛ كما لو شهد[1] شاهدان بدين على إنسان، وحكم به الحاكم[2]، ثم أبرأ المحكوم [له المحكوم][3] عليه [عن الدين، ثم رجع الشاهدان عن الشهادة - لم يغرما للمحكوم عليه][4] شيئًا.

والثاني: يرجع؛ لما سبق.

أما إذا قلنا: لا يرجع في الأولى، فهنا أولى.

وحكى الخراسانيون في هذه المسألة طريقين:

أحدهما: طرد القولين؛ كما في الهبة، من غير بناء.

والثاني: القطع بعدم الرجوع.

وفي التتمة بناء ذلك على أن الإبراء تمليك، أو إسقاط؟ فإن قلنا: تمليك، فهو كهبة العين.

وإن قلنا: إسقاط، فلا يرجع؛ لما قدمناه.

وفي النهاية: أن شيخه قربها من الخلاف في أن الإبراء هل يفتقر إلى القبول أم لا؟ وهو راجع لما في التتمة؛ لأن من شرطه القبول قال: إنه تمليك وإلا فإسقاط؛ وهذا إذا صدر الإبراء بلفظه، أو بلفظ العفو، أو الإحلال، أو الحط، أو الوضع، أو الإسقاط، أو بلفظ الترك مع النية؛ إن جعلناه كتابة[5]، أو بدونها؛ إن جعلناه صريحًا.

أما إذا كان بلفظ الهبة، أو التمليك وصححناه على الظاهر فى[6] المذهب: إما بالقبول، أو بدونه على أصح الوجهين، ففي الرجوع [هاهنا][7] خلاف مرتب على

(١) في س: أشهد.
(٢) في س: حاكم.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: كناية.
(٦) في س: من.
(٧) في س: هنا.

الصورة السابقة، وأولى بالرجوع؛ نظرًا إلى لفظ الهبة.

والظاهر: اعتبار الحقيقة، وأن الحكم كما في لفظ الإبراء.

ويجري مثل هذا الخلاف فيما لو وهب البائع المشتري الثمن، أو أبرأه منه، ثم وجد المشتري بالمبيع عيبًا، فرده - في أنه هل يرجع عليه بالثمن؟ فإن قلنا: لا يرجع، فهل يتمكن من الرد؟ فيه تردد محكي في النهاية عن الأصحاب.

وفي التتمة إجراء الخلاف في التمكين من الرد من غير ترتيب، وكذلك يجري في طلب الأرش إذا اطلع على عيب [في][(١)] المبيع بعد هلاكه، أو كان به عيب حادث مانع من الرد، ويجري في صور أخر مذكورة في مواضعها، ولو كان الصداق دينا فقبضته، ثم [وهبته منه، ثم طلقها][(٢)] قبل الدخول، ففي النهاية حكاية طريقين:

أحدهما: طرد القولين، [كما في هبة العين][(٣)].

والثاني: القطع بالرجوع.

وفي التتمة: أن محل القولين إذا قلنا: إنه لو طلقها والمقبوض في ملكها ويدها، تعين حقه فيه[(٤)]، أما إذا قلنا: إنه لو طلقها لا يتعين حقه في المقبوض، فله الرجوع قولاً واحدًا.

فروع:

أحدها: لو وهبت منه الصداق، ثم ارتدت قبل الدخول، [أو فسخ النكاح بالعيب قبل الدخول،][(٥)] ففي الرجوع [في الكل][(٦)] مثل الخلاف في الرجوع [في النصف][(٧)] عند الطلاق؛ كذا قاله الرافعي ومجلي وغيرهما.

قلت: وينبغي أن ينبني الرجوع عند الفسخ بالعيب المقارن على أن الفسخ إذا جرى بعد الدخول، وأوجبنا مهر المثل يرفع العقد من أصله أو من حينه؟ وفيه خلاف سبقت حكايته في هذا الباب عن صاحب التتمة.

فإن قلنا: إنه يرفعه من أصله، فيتجه ألا يرجع عليها قولاً واحدًا؛ لتبين بطلان

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: وهبه.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: منه.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: بالكل.
(٧) في س: بالنصف.

التصرفات فيه؛ كما قلنا في التحالف، في التصرف في الثمن، تفريعًا على أنه يرفع العقد من أصله.

وإن قلنا: إنه يرفعه في حينه، فيتجه أن يكون محل الخلاف ومأخذه ما سبق.

الثاني: لو وهبت الصداق من الزوج على أنه إذا طلقها كان ذلك [عما][1] يستحقه عليها بعد الطلاق، فهل تصح الهبة [ولا يرجع عليها بشيء بعد الطلاق، أو تفسد][2] الهبة، وله الرجوع؟ فيه خلاف محكي في التتمة.

الثالث: لو وهبت منه نصف الصداق، ثم طلقها قبل الدخول، فإن قلنا: إن هبة الكل لا تمنع الرجوع بالنصف، فهبة البعض أولى، وإلام يرجع؟ فيه ثلاثة أقوال؛ كما ذكرنا فيما إذا أصدقها عبدين، وتلف أحدهما عندها، ثم طلقها قبل الدخول.

وإن قلنا: إن هبة الكل تمنع الرجوع، فهنا ثلاثة أقوال:

أصحها عند صاحب التهذيب، وهو المنصوص في المختصر: أنه لا يرجع بشيء.

والثاني: أن الهبة تنزل على خالص حقها، فيرجع الزوج بجمع[3] النصف الباقي.

والثالث، ويحكى عن الإملاء، وبه قال المزني: أنه يرجع عليها بنصف الباقي؛ فكأنها عجلت نصف حقه، ووهبته نصف حقها الخالص لها.

وإن كان الصداق دَينًا، فأبرأته عن نصفه، ثم طلقها، ففي التتمة: أنا إن قلنا: لو أبرأته عن الجميع يرجع عليها، فهنا يسقط عنه النصف الباقي.

وإن قلنا: لا يرجع بشيء، فهنا وجهان:

أحدهما: أنه لا يسقط عنه شيء؛ فيكون ما أبرأته منه محسوبًا عن حقه.

والثاني: يبرأ عن نصف الثاني[4].

قال: **وإن حصلت الفرقة والصداق لم يقبض، فعفا الولي عن حقها، لم يصح العفو** - أي: سواء كانت صغيرة أو كبيرة، رشيدة أو سفيهة، عاقلة أو مجنونة، وسواء كان الصداق دينا أو عينا - لأنه مال من جملة أموالها؛ [فلا

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) في س: بجميع.
(٤) في س: الباقي.

يملك الأب إسقاطه؛ كسائر أموالها][١].

قال: [وقيل][٢]: **وفيه قول آخر:** أنه[٣] إن كانت بكرًا صغيرة، أو مجنونة- أي: في حال العفو- فعفا الأب أو الجد عن حقها، صح العفو؛ أخذًا من قوله-تعالى-: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰۚ وَلَا تَنسَوُاْ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

ومعنى الآية: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾، [أي: لكم][٤] ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ﴾، أي: الزوجات، فيسلم لكم الكل، ﴿أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ﴾، قال ابن عباس: أراد به الولي، والمعنى: إلا أن تعفو المرأة إن كانت من أهل العفو، أو وليها إذا لم تكن من أهل العفو.

ورجح الشافعي هذا في القديم من أوجه:

أحدها: أن قول ابن عباس مقدم في التفسير؛ لأنه ترجمان القرآن.

والثاني: أنه ذكر الأزواج في الآية بصيغة المخاطبة، فقال: فنصف ما فرضتم، وذكر هذا بصيغة الغيبة، [فأشعر بأنه][٥] أراد غير الأزواج.

والثالث: أنه تعالى قال: ﴿إِلَّآ أَن يَعْفُونَ﴾، وكان ذلك راجعًا إلى عفو يخلص به كل الصداق [للزوج][٦]، ثم قال: ﴿أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ﴾، فعطف عليه؛ فوجب أن يحمل على عفو يخلص به كل الصداق للزوج؛ فيكون][٧] العفو واحدًا.

والرابع: أنه وصفه بأن بيده عقدة النكاح، وأجرى ذلك بعد الطلاق، والولي هو الذي بيده عقدة النكاح الآن، فأما الزوج، فليس إليه شيء.

ولأنهما لا يتهمان في حق الصغيرة، ويملكان التصرف في مالها بما تقتضيه المصلحة؛ ولهذا يملكان أن يصوغا الذهب والفضة حليا وإن نقصت بذلك قيمته، وتلف جزء منه؛ لمصلحة المولى[٨] عليها ومنفعتها، والعفو منفعة لها؛ ليكثر

---

(١) سقط في س.
(٢) سقط في د.
(٣) في س: أنها.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: فأشعرنا أنه.
(٦) سقط في د.
(٧) في س: يكون.
(٨) في س: الولي.

خطابها؛ وهذا التوجيه ذكره ابن الخلان[(١)].

والقول المنصوص عليه في الجديد: أنه لا يصح عفوه، وأن الذي بيده عقدة النكاح هو الزوج، ويروى ذلك عن علي وغيره - رضي الله عنهم - لأنه - تعالى - ذكر خلوص الصداق له بعفوها، ثم عطف هذا عليه؛ فظهر أن المراد عفو يخلص به الصداق لها؛ لتشتمل الآية على ذكر الخلوص من الجانبين، وقد قال تعالى: ﴿وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، والأقرب للتقوى عفو الزوج، فأما[(٢)] عفو الأب عن حق ضعيفة؛ فلا يتصف بهذه الصفة.

وقوله: ﴿وَلَا تَنسَوُاْ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] خطاب لهما؛ كما كان أول الكلام[(٣)] خطابًا للأزواج على أنه لا يمتنع أن يكون الخطاب للحاضرين وبعده للغيبة، والمراد به المخاطب؛ كقوله[(٤)] تعالى: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا كُنتُمْ فِى ٱلْفُلْكِ وَجَرَيْنَ بِهِم﴾ [يونس: ٢٢].

وإنما اشترطنا على القديم أن تكون بكرًا؛ لأنها لو كانت ثيبًا بوطء شبهة بعد النكاح، لم تستقل بالتزويج بعد، فليست بيده عقدة النكاح. وفيه وجه.

و[اشترطنا][(٥)] أن تكون صغيرة أو مجنونة؛ ليكون له ولاية على مالها، وفي معنى الصغيرة السفيهة؛ صرح بذلك الإمام وغيره، وفي البالغة وجه: أنه يجوز بناء على أن مأخذ الجواز في الصغيرة: أنه الذي اكتسبه، فإذا أسقطه؛ فكأنه لم يكتسبه، [لا أن][(٦)] المأخذ كون مالها تحت يده وتصرفه.

وقال في التتمة والتهذيب: الجنون مانع من العفو، وحكاه في النهاية عن المراوزة بعد أن قال: حكم[(٧)] المجنونة حكم الصغيرة العاقلة؛ لأنه يرجى في العفو عن صداق العاقلة ترغيب الخاطبين فيها، والمجنونة لا يكاد يرغب فيها؛ فلا معنى لإسقاط حقها الثابت؛ لأمر لا يكاد يحصل.

قال في التتمة: وكذا العاقلة المحجور عليها بالسفه.

ولو تقدم عفو الولي على الفراق، لم يصح؛ لأن الزوج مالك لبضعها[(٨)]

---

(١) في س: الحل.
(٢) في س: لا.
(٣) في س: الآية.
(٤) في س: لقوله.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: لأن.
(٧) في س: وحكم.
(٨) في د: بعضها.

بإزاء[١] المهر، وقد يدخل بها بعد العفو؛ فتفوت منفعة البضع عليها، بخلاف ما إذا طلقها؛ لأنه عاد البضع إليها سليمًا؛ فلا يعظم الضرر في إسقاط المال.

وفيما علق عن الإمام أن أبا محمد جوز العفو قبل الطلاق إذا رأى الولي المصلحة فيه.

وعلى الأول لو وقع العفو مع الفراق؛ كما إذا اختلعها به، فوجهان:

الذى أجاب به في التهذيب والتتمة منهما[٢]: الجواز.

وفي الوسيط: أن أظهرهما: المنع، وهو ما يدل عليه كلام ابن الصباغ[٣].

ووجهه: أن هذا القول [معتمده][٤] ظاهر الآية، وهي مخصوصة بما بعد الطلاق.

وحيث جوزنا العفو للأب أو الجد، فلا يقوم غيرهما فيه مقامهما، وإن كان له التصرف في مالها[٥] بوصاية أو تولية؛ للتهمة، ولقصور شفقته، ولأنه لا يستقل بإثباته فأولى ألَّا يستقل بإسقاطه.

وقد فهم من التقييد بأن شرط العفو أن يوجد في حال البكارة - الاستغناء عن [ذكر اشتراط][٦] أن يكون العفو قبل الدخول وإن كان شرطًا؛ لظاهر الآية.

واشترط المراوزة وراء ما ذكرناه: أن يكون الصداق دينًا حالة العفو.

وقال الشيخ أبو محمد: لا يشترط ذلك.

ويمكن أن يكون مأخذ الخلاف أن لفظ العفو، هل يحصل الملك في شطر

---

(١) في س: بأن.

(٢) في س: منه.

(٣) قوله: وإن حصلت الفرقة والصداق لم يقبض. فعفي الأب أو الجد عن حق المرأة، صح على القديم بشروطه، ولو تقدم عفو الولي على الفراق، لم يصح.

وقيل: يصح.

ثم قال: وعلى الأول لو وقع العفو مع الفراق، كما إذا اختلعا به فوجهان، الذي أجاب به في التتمة والتهذيب منهما الجواز.

وفي الوسيط: أن أظهرهما المنع، وهو ما يدل عليه كلام ابن الصباغ. انتهى كلامه.

وهذا النقل عن الوسيط غلط، سبقه إليه الرافعي فقلده فيه المصنف، وذلك لأن الغزالي لما عد الشرائط قال ما نصه: وأن تكون بعد الطلاق لا قبله، فإن كان معه بأن اختلعها بالمهر، ففيه تردد. والأظهر أنه كالمتأخر، هذا لفظ الوسيط، وهو بالعكس مما نقله المصنف عنه. [أ و].

(٤) سقط في س.

(٥) في س: مالهما.

(٦) في س: شرط.

الصداق إذا كان عينًا؟ وفيه وجهان:

والأصح منهما عند [الفراق للمتولي][(١)]: أنه يجوز استعماله؛ لظاهر الكتاب[(٢)]، لكن مقتضى ذلك أن يكون الصحيح عند المتولي جوازًا[(٣)] عن العين، وهو لم يحك خلافًا في أنه لا يصح، وفرق بين العين والدين بأن الملك في الأعيان كامل، والدين في المذهب القديم[(٤)] ليس بملك كامل، وإنما هو حق مطالبة يصير ملكًا في الثاني.

فرع: لو زوجها الأب، ومات، فهل للجد [العفو][(٥)]؟ فيه وجهان منقولان في التتمة.

قال: **وإذا فوضت المرأة بضعها من غير بدل، لم يجب لها المهر [بالعقد]**[(٦)]؛ لأنه حقها، فإذا رضيت بألاَّ يثبت، وجب ألاَّ يثبت؛ كما أنها إذا رضيت ألاَّ يبقى لا يبقى.

ولأنه لو وجب بالعقد، لتنصف بالطلاق؛ فعلى هذا: هل ملكت بالعقد أن تملك مهر المثل، أو ملكت[(٧)] أن تملك مهرًا؟ فيه قولان.

وقيل: يجب بالعقد؛ [لأنا نحكم][(٨)] لها بالمهر عند الوطء، ولو لم يجب بالعقد، لما وجب بالوطء؛ إذ هو تصرف فيما[(٩)] ملكه بغير بدل، والتصرف فيما يملك بغير بدل لا يوجب ضمانًا؛ كما إذا وهب منه الطعام، فأكله.

وقيل: لا يجب قولاً واحدًا.

قال الإمام: وهو مذهب العراقيين، ولم يعرفوا غيره.

وفي المهذب، والشامل حكاية قول الوجوب.

واختلف الأصحاب في قول الوجوب، هل هو منصوص عليه أم مخرج [أشار الشيخ أبو محمد إلى أنه منصوص، والأظهر أنه مخرج، ثم هو مخرج][(١٠)] مِمَّاذا؟

---

(١) في س: الفراء والمتولي.
(٢) في س: الآية.
(٣) زاد في س: العفو.
(٤) في س: القبول.
(٥) في س: أن يعفو.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: يملك.
(٨) في س: لا بالحكم.
(٩) في س: في.
(١٠) سقط في د.

قيل: من القول[(١)] بوجوب المهر عند موت أحد الزوجين في صورة التفويض.

وقيل: من قولنا: إنه لا بد في الفرض من العلم بمهر المثل، وذلك يدل على أن المفروض[(٢)] بدل ينتقل إليه عن المهر[(٣)] الواجب.

وعلى هذا فما الواجب؟

قال في القديم: هو مطلق، لا[(٤)] يتقيد بمهر المثل.

وقال في الجديد: يتقدر بمهر المثل، [وحكاهما][(٥)] في الذخائر.

وأصل التفويض: أن يجعل الأمر إلى غيره ويكله إليه.

ويقال[(٦)]: إنه الإهمال، ومنه:

لا يصلح الناس فوضى[(٧)]

أي: لا رئيس لهم، وتسمى المرأة: المفوضة؛ لتفويضها أمرها إلى الزوج أو الولي بلا مهر، أو لأن الأمر في المهر مفوض إليها، إن شاءت أبقته وإلا فلا.

والتفويض ضربان: تفويض بضع، وتفويض مهر:

فتفويض البضع - وهو[(٨)] المعقود له هذا الفصل - أن تقول البالغة، الرشيدة، المالكة لأمرها، ثيبًا كانت أو بكرًا لوليها-: زوجني بلا مهر، فزوجها [ونفى][(٩)] المهر أو سكت.

وقيل: إذا سكت عن ذكر المهر، فليست مفوضة.

ولو قالت: زوجني، وسكتت عن المهر، فالذي ذكره الإمام وغيره: أن ذلك ليس بتفويض، وادعى الإمام فيه الوفاق.

وفي المهذب ما يقتضي كونه تفويضًا؛ لأن اللفظ لا يتعرض إلا للنكاح، وإنه ينعقد بغير مهر؛ هذا في الحرة.

---

(١) في د: القولين.
(٢) في س: الفروض.
(٣) في س: الأمر.
(٤) في س: ولا.
(٥) في س: حكاهما.
(٦) في س: وقيل.
(٧) جزء من صدر بيت للأفوه الأودي وتمامه:
..... لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا
ينظر: ديوانه، ص (١٠).
(٨) في س: وهذا.
(٩) في س: أو نفي.

أما في الأمة فيكون من السيد صغيرة كانت أو كبيرة، وصورته أن يقول: زوجتكها بلا مهر، وألحقوا به ما إذا سكت عن ذكر المهر.

ولو أذنت في التزويج على أن لا مهر في الحال، ولا عند الدخول وغيره، وزوجها الولي [على ذلك][1]، وقلنا بظاهر المذهب، وهو وجوب مهر المثل [عند الدخول][2]؛ على ما سيتضح - ففي صحة النكاح وجهان:

أشبههما: الصحة؛ وعلى هذا فهو تفويض فاسد؛ فيوجب [مهر المثل، أو يلغى النفي][3] في المستقبل، [ويقال][4]: إنه تفويض صحيح؟ فيه وجهان.

ولو أنكحها الولي ونفى المهر من غير إذنها في التفويض فهو كما لو نقص عن مهر المثل؛ فإن كان مجبرًا؛ فيصح النكاح، ويجب مهر المثل، أو يبطل؟ فيه قولان.

وإن كان غير مجبر، فيجري القولان، أو يجزم بالبطلان؟ فيه طريقان:

والذي أجاب به ابن الصباغ في المجبر وغيره: صحة النكاح وفساد التفويض.

وعن ابن أبي هريرة: أنه يصح تفويض الولي المجبر إذا صححنا عفوه.

وقال أبو إسحاق وغيره: لا يصح على القولين جميعًا من حيث إن العفو إذا جوزناه يشترط[5] أن يكون بعد الفراق، أو معه، أما قبله فلا.

ولا يصح تفويض المحجور عليها وهو كعدمه [وإلا][6] في جواز التزويج إذا كان [إذنها][7] معتبرًا.

فرع: لو فوضت بضعها، فزوجها الولي بالمهر، نظر:

إن زوجها بمهر المثل من نقد البلد [صح المسمى، وإن زوجها بدون مهر المثل، أو بغير نقد البلد][8] لم يلزم المسمى، وهو كما لو نكحها على صورة التفويض.

قلت: وفي هذا نظر من حيث إن العقد اقترنت به تسمية فاسدة، [والعقد إذا

---

(١) في د: كذلك.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: المهر ويلغي النفل.
(٤) في س: وبل يقال.
(٥) في س: بشرط.
(٦) في س: إلا.
(٧) سقط في س.
(٨) سقط في د.

اقترن به تسمية فاسدة][١] إذا صح كان الواجب فيه مهر المثل، أو قيمة المسمى إن أمكن تقويمه؛ فينبغي أن يجب مهر المثل.

[وأما مفوضة المهر، مثل أن تقول: زوجني على أن يكون المهر][٢] ما شئت، أو ما شاء الخاطب، أو فلان - فإن زوجها على ما ذكرت من الإبهام، فإن لم يعرف المشيئة، فقد زوجها بمجهول[٣]؛ فيصح [النكاح][٤] ويجب مهر المثل قولاً واحدًا. وإن عرف ما شاء فوجهان، أظهرهما: صحة الصداق.

وإن زوجها [بما عين المذكور مشيئته؛ صح المسمى وإن كان دون مهر المثل.وإن زوجها][٥] بلا مهر، فيبطل النكاح أو يصح[٦] ويجب مهر المثل؟ فيه خلاف.

قال: **ولها المطالبة بالفرض** - أي: قبل المسيس - لأن إخلاء العقد عن المهر خاص برسول الله ﷺ، ولتكون[٧] على ثبت من تسليم نفسها، وتعرف[٨] أنها[٩] علام تسلم؟ وهذا تفريع على أنه لا يجب بالعقد مهر، ويجب بالوطء، أما إذا لم نوجبه بالوطء، فليس لها طلبه.

وإن أوجبناه بالعقد، فينبني على أنه [هل][١٠] يتشطر بالطلاق أم لا؟ فإن قلنا: يتشطر، فليس لها طلب الفَرض، ولكن تطالب بالمهر نفسه.

وإن قلنا: لا يتشطر، فلها طلب الصداق؛ ليقرر الشطر؛ فلا يسقط لو طلقها قبل المسيس؛ وهذا هو الأظهر.

والفرق بينه وبين طلب المرأة وطأة واحدة؛ حيث قلنا: لا يجب على الصحيح وإن طلبت ما يقرر المهر-: أن الزوج قادر على الفرض متى شاء، والوطء أمر جبلي، [قد لا تساعد][١١] الطبيعة عليه.

وما الذي يفرض لها؟ ينظر: إن قلنا: يجب بالعقد، فرض لها قدر مهر المثل على الجديد، ويشترط معرفتها بقدر مهر المثل؛ لأن المفروض[١٢] بدله، وتراعى

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: المجهول.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في د.
(٦) شزاد في س: النكاح.
(٧) في س: ولتكن.
(٨) في د: تغرم.
(٩) في س: على.
(١٠) سقط في د.
(١١) في س: فلا تساعده.
(١٢) في س: الفرض.

فيه شرائط الاعتياض؛ حتى لا يجوز أن يكون مؤجلا، ولا ينتقص[1] عن مهر المثل، ولا يزداد إذا كان المفروض من جنسه، ويعتبر رضاها بالمفروض، فإن لم ترض [به][2] فكأنه لم يفرض.

وفيما علق عن الإمام: أنه لا يشترط القبول، بل يكفي طلبها وإسعافه.

قال الرافعي: ولكن[3] هذا إذا طلبت عينًا أو ذكرت مقدارًا فأجابها، أما إذا أطلقت الطلب[4]، فلا يلزم أن تكون راضية بما يعينه أو يقدره.

وعلى القديم يكون المعتبر من الشرائط ما نذكره تفريعا على القول بعدم الوجوب؛ حتى لا يشترط معرفة واحد منهما بمهر المثل، ورجح القاضي اشتراط المعرفة، والجمهور على خلافه، ومقتضاه أن يكون الصحيح عندهم هنا القول القديم.

وأما إذا قلنا: لا يجب مهر [المثل][5] بالعقد، وهو الصحيح، فالواجب ما يتفقان عليه من نقد أو عرض، سواء كان قدر مهر المثل، أو دونه، أو أزيد [منه][6] من جنسه أو غير جنسه، حالاً أو مؤجلاً[7]، ولا يشترط معرفة واحد منهما بمهر المثل.

وكان يتجه على القول بأنها ملكت أن تملك مهر المثل، [بأن][8] يكون الحكم كما تقدم، وهذا كله إذا كان الفرض من الزوج، فإن امتنع الزوج من الفرض، أو لم ترض بما فرضه، فالقاضي يفرض لها مهر المثل من نقد البلد حالاً [ولا يزيد][9] عليه ولا ينقص، [ولا يشترط][10] رضاها به، ولا بد من علمه بقدر مهر المثل.

وفي بحر المذهب: أن القاضي إذا أراد أن يفرض لها مؤجلًا، وعادة [مهور][11] نسائها الحلول؛ يزيد، [لمكان][12] الأجل، والمذهب الأول.

ولو تبرع أجنبي، وفرض لها مهرًا يعطيه من ماله، ففي صحته وجهان:

---

(١) في س: ينقص.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: وليكن.
(٤) زاد في س: للطلب.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في س.
(٧) في د: ومؤجلًا.
(٨) سقط في س.
(٩) في د: ويزيد.
(١٠) في س: ويشترط.
(١١) سقط في س.
(١٢) في س: لما كان.

أصحهما: المنع.

وفي التتمة: تقريبهما من الأب إذا قبل لابنه الصغير نكاح امرأة، وأصدقها عينًا من مال نفسه، وهو زائد على مهر المثل.

وعلى وجه الصحة لها مطالبة الأجنبي بالمهر[١] المفروض، ويسقط طلب الفرض عن الزوج.

وقال صاحب الذخائر: وهذا فيه نظر؛ لأن تقرير[٢] الصداق ليس بالتزام منه لذلك، ولا هو أداء[٣]، بل إما تقرير لما وجب بالعقد، أو ابتداء إيجاب سببه العقد، فكيف يكون الأجنبي ملتزمًا بذلك، ولم يجر منه التزام.

ولو طلقها قبل المسيس، [فنصف الفرض يعود إلى الزوج أو الأجنبي؟ فيه وجهان؛ كما لو تبرع الأجنبي بإذن المسمى][٤] ثم طلق الزوج قبل المسيس.

فرع: لو أسقطت المفوضة حق الفرض، لم يسقط، ولو أبرأت عن المهر قبل الفرض والدخول، فإن قلنا: يجب مهر المثل بالعقد، صح الإبراء؛ إن كان معلومًا، وإن كان مجهولاً فلا يصح - على الأصح من القولين - فيما يزيد على القدر المستيقن[٥]، وفي المستيقن[٦] وجهان مأخوذان من تفريق الصفقة.

وإن قلنا: لا يجب المهر بالعقد، قال الغزالي: فهو إبراء عما لم يجب، ولكن جرى سبب وجوبه، وفيه قولان؛ كما في الضمان، والأصح: الفساد.

قال: فإن فُرِضَ لها مهر صحيح صار ذلك كالمسمى في العقد [في جميع ما ذكرناه؛ لأنه مفروض؛ فصار كالمسمى في العقد][٧].

وفي النهاية حكاية عن الأصحاب وتابعه [عليه][٨] الغزالي: أنه ليس لها حبس نفسها لتتسلم[٩] المفروض؛ لأنها قد سامحت بالمهر، فكيف يليق بها المضايقة في التقديم والتأخير، نعم، لها الحبس حتى يفرض لها.

أما إذا فرض لها مهرًا فاسدًا من خمر[١٠] أو غيره، كان وجوده كعدمه،

---

(١) في س: بالعرض.
(٢) في س: تقدير.
(٣) في س: أدى.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: المستقر.
(٦) في س: المستقر.
(٧) سقط في س.
(٨) سقط في د.
(٩) في س: لتسلم.
(١٠) زاد في س: أو خنزير.

بخلاف، ما إذا سمي في العقد.

قال: **فإن لم يفرض لها حتى دخل بها، وجب لها مهر المثل**؛ لأن الوطء في النكاح بلا مهر [خاص برسول][(١)] الله ﷺ، ولأن البضع لا يتمحض حقًّا للمرأة، بل فيهئحق لله تعالى؛ ألا ترى أنه لا يباح بالإباحة؛ فيصان عن التصور بصورة المباحات.

وخرج القاضي الحسين وجهًا: أنه لا يجب مما إذا وطئ المرتهن الجارية المرهونة بإذن الراهن؛ ظنًّا أنها تباح بالإذن؛ حيث لا يجب المهر على قول.

قال الإمام: ولست أعده في المذهب فإن ما قاله[(٢)] مسبوق بالإجماع من نقلة المذهب.

وموضع التخريج على ما حكاه في التتمة وغيرها[(٣)] ما إذا جددت الإذن في الوطء، وصرحت بنفي المهر دون ما إذا لم [تجر سوى][(٤)] أحدهما.

قال الإمام: فإن[(٥)] لم يكن ينجرّ هذا التخريج، فلا معنى لاشتراط تجديد الإذن، وقد رأيت في بعض مجموعاته ما يدل على اطراد[(٦)] التخريج، وإن لم يوجب[(٧)] إذنًا جديدًا.

وعلى المذهب[(٨)] فمهر المثل يعتبر بحالة الوطء أو بحالة العقد؟ فيه وجهان:

أصحهما - على ما ذكره الروياني، وهو الذي أورده ابن الصباغ-: أنه يعتبر حالة العقد؛ لأن العقد هو الذي اقتضى الوجوب عند الوطء، وقضيته إيجاب[(٩)] مهر ذلك[(١٠)] اليوم، سواء كان أقل أو أكثر.

لكن ذكر المعتبرون[(١١)]: أنه إن كان أكثر أوجبناه، وإن كان أقل، لم نقتصر عليه؛ لأن البضع دخل بالعقد في ضمانه، وإذا اقترن إتلاف، أوجبنا أكثر ما يكون عوضًا.

والعبارة المطابقة للغرض أن يقال: يجب أكثر مهر من يوم العقد ويوم الوطء.

---

(١) في د: خالص لرسول.
(٢) في د: ما قالوه.
(٣) في س: وغيره.
(٤) في س: يجز إلا.
(٥) في س: فإذا.
(٦) في د: المراد.
(٧) في س: يوجد.
(٨) في س: الجديد.
(٩) في د: إجاب.
(١٠) في د: المثل.
(١١) في س: المعتبر.

فرع: لو نكح الكافر كافرة على صورة التفويض، وهم يعتقدون أن لا مهر للمفوضة بحال، ثم أسلموا، فلا مهر وإن كان الإسلام قبل المسيس؛ لأنه قد سبق استحقاق وطء بلا مهر؛ نقله الرافعي في نكاح المشركات، والإمام في باب التفويض.

ونظيره، ما إذا زوج عبده من أمته، ثم أعتقهما، أو أحدهما قبل الدخول - لم يجب لها مهر؛ لما سبق [من](١) التعليل.

ولو نكح الذمي ذمية على أن لا مهر لها، وترافعا إلينا، حكمنا بينهما بحكمنا في المسلمين.

وقال أبو حنيفة: إن كان اعتقادهم إخلاء النكاح عن المهر، فإن شرطت(٢) أن لا مهر لها، لا يجب المهر؛ لا حالة العقد ولا عند الدخول.

قال المتولي: ودليلنا: أن إيجاب المهر في حق المسلمة، ليحصل الفصل بين النكاح والسفاح، وهذه الحاجة موجودة.

قلت: وما ذكره موجود في المسألة المتقدمة.

قال: **وإن مات أحدهما قبل الفرض والدخول، ففيه قولان:**

أحدهما: يجب لها مهر المثل، وهو ما أجاب به ابن مسعود حين سئل عن المفوضة؛ لما روى معقل بن يسار - وقيل ابن سنان(٣) - الأشجعي، وروي رجل من أشجع: أنه ﷺ قضى في برْوَع بنت واشق وقد نكحت بغير مهر، فمات زوجها - بمهر نسائها(٤)(٥).

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: اشترطت.
(٣) في س: يسار.
(٤) قوله في المفوضة: وإن مات أحدهما قبل الفرض، ففيه قولان:
أحدهما: يجب المهر؛ لما روى معقل بن يسار، وقيل ابن سنان الأشجعي أن بروع بنت واشق نكحت بغير مهر، فمات، فقضى رسول الله ﷺ بمهر نسائها.
والثاني: لا يجب، والحديث قد رده علي، وقال: كيف نقبل في ديننا قول أعرابي بوال على عقبيه؟ انتهى كلامه وما ذكره عن علي - رضي الله عنه - لم أر له ذكرًا في شيء من كتب الحديث، وسألت عنه صاحبنا الشيخ زين الدين العراقي حافظ العصر، فقال: لا أعلم له أصلًا في كتبهم، وأما بروع فبباء موحدة مكسورة، وراء مهملة ساكنة، وواو مفتوحة وعين مهملة. [أ و].
(٥) أخرجه أحمد (٣/ ٤٨٠)، وأبو داود (١/ ٦٤٣) كتاب النكاح، باب: فيمن تزوج ولم يسم صداقًا حتى مات، برقم (٢١١٤)، والنسائي (٦/ ١٢٢) كتاب النكاح، باب: التزويج بغير صداق، وابن =

ولأن الموت نازل منزلة الوطء في تقرير[(١)] المهر المسمى قبل المسيس؛ فوجب أن يكون كهو في وجوب المهر.

والثاني: لا يجب، وبه قال الحليمي؛ لأن الموت فرقة وردت على نكاح تفويض قبل الفرض والوطء؛ فلا يجب به المهر كالطلاق؛ وهذا هو الراجح عند العراقيين، والإمام، وصاحب التهذيب، والروياني.

والحديث قد رده علي - رضي الله عنه - وقال: كيف نقبل في ديننا قول أعرابي بوال على عقبه؟!

ثم إن صح؛ فمحمول[(٢)] على مفوضة المهر لا مفوضة البضع.

فعلى هذا لا تستحق[(٣)] المتعة [أيضًا][(٤)].

وفي الجيلي حكاية [وجه][(٥)] أنها تجب، وأبداه في الذخائر احتمالاً عند الكلام في المتعة.

والأول هو الصحيح في التتمة، [ويقال][(٦)]: إنه اختيار صاحب التقريب، وأنه صَحَّحَ الحديث، وقال: الاختلاف في الراوي لا يضر.

وإذا قلنا به، فيجب باعتبار يوم العقد، أو يوم الموت، أو أقصى مهر؟ فيه ثلاثة أوجه، حكاها الجيلي[(٧)].

قال: وإن طلقها قبل الفرض - أي: والدخول - وجبت[(٨)] لها المتعة؛ لما سيتضح [في موضعه][(٩)]؛ وهذا تفريع على أنها لا تستحق المهر بالعقد.

أما إذا قلنا: تستحق المهر [بالعقد][(١٠)]، فهل يتشطر بالطلاق؟ روى[(١١)] الشيخ أبو محمد - وهو المذكور في التتمة-: أنه يتشطر، كالمسمى الصحيح.

قال الإمام: وهو القياس.

= ماجه (٣/ ٣٣٥) كتاب النكاح، باب: الرجل يتزوج ولا يفرض لها فيموت على ذلك، برقم (١٨٩١).

(١) في س: تقدير.
(٢) في س: ممؤول.
(٣) في س: يستحق.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: الحناطي.
(٨) في س: وجب.
(٩) سقط في د.
(١٠) سقط في س.
(١١) في س: وروى.

والذي عليه كافة الأصحاب: أنه يسقط المهر إلى المتعة، والشاهد له من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، فخصص استحقاق نصف المهر بأن يفرض؛ فدل مفهوم الخطاب دلالة ظاهرة على أنها لا تستحق شيئًا من المهر إذا لم يجر فرض.

قال: **وإن تزوجها على مهر فاسد**، أي: مثل أن قال: أصدقتك هذا الحر، أو هذا الخمر أو مجهولاً، وغير ذلك مما لا يصح إصداقه.

قال: [أو على ما](١) **يتفقان عليه في الثاني، وجب لها مهر المثل**؛ لأنها لم ترض ببذل البضع مجانًا، وما جعل عوضًا لا يثبت، وقد تعذر رد [البضع؛ فوجب رد بدله، وهو مهر المثل؛ كما إذا رد المبيع بعيب، وقد تعذر رد](٢) الثمن، وفي ذلك شيء قد تقدم.

قال: **واستقر بالموت، أو الدخول، وسقط نصفه بالطلاق قبل الدخول**؛ لأنه مفروض.

قال: **وإن كانا ذميين فعقدا على مهر فاسد** - أي: عندنا - وهو صحيح [عندهم، ثم](٣) أسلما - أي: بعد الدخول - في العدة، أو معًا قبله قبل التقابض، **سقط ذلك، ووجب مهر المثل**؛ لأنها لم ترض إلا بالمهر، والمطالبة بالخمر في الإسلام ممتنعة، ويرجع إلى مهر المثل.

وفيه قول: أنه لا شيء [له](٤).

قلت: ويتجه أن يكون في المسألة قول آخر: أنه يرجع إلى بدل الصداق؛ كما إذا أصدق المسلمة عبدًا، فخرج حرًّا، أو عصيرًا فظهر خمرًا؛ بناء على قول ضمان اليد.

قال: **وإن أسلما بعد التقابض، برئت ذمة الزوج**؛ كما لو تبايعا بيعًا فاسدًا و(٥) تقابضًا وفيه قول آخر: أن لها مهر المثل، لفساد القبض في الشرك.

ولا فرق بين أن يتقابضا بالتراضي(٦)، أو بإجبار قاضيهم.

---

(١) في س: أو غير ذلك مما.
(٢) سقط في س.
(٣) في د: عندما.
(٤) سقط في س.
(٥) في د: أو.
(٦) في س: بالتقاضي.

[وقال الشيخ أبو محمد: إذا تقابضا بإجبار قاضيهم][(١)]، فهل يجعل كالتقابض[(٢)] بالرضا؟ فيه خلاف؛ كما لو ترافعوا إلينا وهم على الشرك.

قال الإمام: وهو منقاس.

والذي حكاه في التهذيب مثل قول الشيخ أبي محمد.

واعلم أن هذا فيما إذا كان الصداق خمرًا، أو خنزيرًا، وما جانس ذلك، أما إذا كان حرًّا مسلمًا استرقوه، فإنه لا يقر في يدها، ويجب لها مهر المثل.

قال الرافعي: وقياس ما سبق أن يخرج من يدها، ولا ترجع بشيء؛ كما تراق الخمر المقبوضة، ولا ترجع بشيء.

قال: **وإن أسلما بعد قبض البعض، برئت ذمته من المقبوض**، ووجب بقسط ما بقي من مهر المثل؛ لما تقدم؛ وهذا بخلاف ما إذا كاتب الذمي عبده على عوض فاسد، وقبض بعضه، ثم أسلما[(٣)]؛ حيث يسلم للسيد ما بقي؛ ليحصل العتق، ثم يلزمه تمام قيمته، ولا يحط منها قسط المقبوض في الشرك؛ لأن العتق يتعلق بأداء آخر النجوم، وأنه وقع في الإسلام؛ فكان بمثابة ما لو كاتب المسلمة على عوض فاسد؛ بخلاف الصداق؛ فإنه عوض؛ فكل[(٤)] جزء منه يخرج عن عهدته بقبضه [وتبرأ منه][(٥)] ذمته؛ فلا تبقى مطالبته به بعد الإسلام.

وطريق تقسيط مهر المثل على المقبوض وغير المقبوض أن ينظر: إن سميا جنسًا واحدًا، ولم يكن فيه تعدد: كزق خمر[(٦)]؛ فقبضت نصفه مثلاً؛ فيجب نصف مهر المثل.

وإن تعدد المسمى كزقي خمر[(٧)]، قبضت أحدهما، فإن تساويا في القدر فكذلك، وإلا فوجهان:

أحدهما: أنه يعتبر العدد[(٨)].

وأقيسهما: النظر إلى القدر؛ وعلى هذا يعتبر الكيل، وهو ما في التتمة.

وفيه وجه: أنه يعتبر الوزن.

---

(١) سقط في س.
(٢) في د: التقابض.
(٣) في د: أسلم.
(٤) في س: بكل.
(٥) في د: وبراء منه.
(٦) في د: حمير.
(٧) في د: حمير.
(٨) في د: العدة.

ولو أصدقها خنزيرين، وقبضت أحدهما، فإن اعتبرنا العدد، لم يخف الحكم، وإن نظرنا في الخمر إلى القدر، فهاهنا [تعتبر قيمتهما][(١)] بقدر ماليتهما، وتقسط على مهر المثل في القيمتين.

وإن كانا قد سميا جنسين فصاعدًا: كزقي خمر[(٢)]، وكلبين، وثلاثة خنازير، وقبضت أحد الأجناس، فثلاثة أوجه:

أحدها: النظر إلى الأجناس؛ فيقال: قبضت الثلث.

والثاني: إلى العدد؛ فإن قبضت الخمر؛ فيقال: قبضت سُبعي[(٣)] المهر.

والثالث - وهو الأقرب -: أنها تقدر[(٤)] بتقدير ماليتها، ونقسط مهر المثل على القيمة؛ وعلى هذا فتقدر[(٥)] الخمر خلاًّ، والكلب شاة، والخنزير بقرة.

وفي المهذب: أنه يقدر شاة.

وقيل: يقدر الكلب فهدًا؛ لاشتراكهما في الصيد، والخنزير حيوانًا مقابله[(٦)] في الصورة والفائدة.

وقيل: تعتبر قيمتها عند من يجعل لها قيمة، والله أعلم.

قال: وإن أعتق أمته بشرط أن يتزوجها[(٧)] **ويكون عتقها صداقها، عتقت** - أي: إذا قبلت هذا الشرط على الاتصال - ولا يلزمها أن تتزوج به؛ لأنه سلف في عقد فلا يلزمها؛ كما لو أسلم لامرأة أخرى دراهم[(٨)] في نكاحها.

وفي شرح مختصر الجويني حكاية وجه عن أبي إسحاق المروزي: أنه يجب عليها الوفاء[(٩)] به.

وأما نفوذ العتق؛ فلأنه أعتقها على شرط باطل؛ فلغا الشرط، وثبت[(١٠)] العتق؛ كما لو قال لعبده[(١١)]: إن ضمنت لي خمرًا، فأنت حر، فضمنه؛ كذا علله الأصحاب.

قلت: وفي المسألة المقيس عليها [نظر][(١٢)] فإن ذلك يشابه ما لو حلف لا

---

(١) في د: تقدر قيمتها.
(٢) في د: حمر.
(٣) في د: منه.
(٤) في س: تقوم.
(٥) في د: فيعدد.
(٦) في س: يقاربه.
(٧) في س: يتزوج بها.
(٨) في د: لهم.
(٩) في د: الوقاية.
(١٠) زاد في س: العقد.
(١١) زاد في س: و.
(١٢) في د: طريقان و.

يبيع الخمر فإنه لا يحنث(١) إذا وجد(٢) منه صورة البيع؛ على المذهب، والضمان كذلك(٣).

قال: ويرجع عليها بقيمة رقبتها - أي: يوم العتق - لأنه لا(٤) يرضى بعتقها إلا بعوض، ولم يسلم له، وقد تعذر عليه الرجوع إليها، فرجع(٥) بقيمتها؛ كما لو باع عبدًا بعوض محرم، وتلف العبد(٦) في يد المشتري.

ولا فرق في لزوم القيمة بين أن تفي بالنكاح أو لا.

وفي الرقم للعبادي حكاية وجه: أنه يصح جعل العتق صداقًا، وإذا(٧) رغبت في النكاح فللسيد(٨) أن يمتنع، ولا تسقط القيمة بذلك.

وحكم أم الولد حكم الأمة.

وفيه وجه: أنه لا يرجع عليها بقيمة رقبتها.

فرع: لو تراضيا على النكاح، وأصدقها القيمة الواجبة عليها، صح النكاح، وأما الصداق: فإن كانا عالمين بقيمتها، صح أيضًا، وإن جهله أحدهما، فوجهان:

أصحهما: الفساد؛ كسائر المجاهيل(٩) إذا جعلت صداقًا، ولها مهر المثل، وعليها القيمة.

ووجه الصحة: أن القيمة لم تثبت مقصودة، وإنما ثبتت ضمنًا في مقابلة الحِلِّ

---

(١) في س: لا يحنف.　　(٢) في س: وجدت.

(٣) قوله: وإن أعتق أمةً بشرط أن يتزوجها، ويكون عتقها صداقها، فقبلت؛ عتقت، ولا يلزمها أن تتزوج به.
ثم قال: فأما نفوذ العتق فلأنه أعتقها على شرط باطل، فلغا الشرط وثبت العتق؛ كما لو قال لعبده: إن ضمنت لي خمرًا فأنت حر، فضمنه، كذا علله الأصحاب. قلت: وفي المسألة المقيس عليها نظر، فإن ذلك يشابه ما لو حلف لا يبيع الخمر، فإنه لا يحنث إذا وجد منه صورة البيع على المذهب، والضمان كذلك. انتهى كلامه.
وما نقله عن الأصحاب من تصوير المسألة المقيس عليها بقوله: إن ضمنت لي، ليس كما نقله عنهم، فقد تصفحت في ذلك كلام جماعة كبيرة، منهم: الفوراني والمتولي، وابن الصباغ، والغزالي، والرافعي، والنووي وغيرهم، فلم أر أحدًا منهم ذكر هذا التعليل، بل عبروا بقولهم: كما إذا أعتقها على خمر أو خنزير، ومنهم من يعبر بقريب منه، والتعبير به واضح.
وقد ذكروا -أيضًا- وقوع الطلاق المعلق على الخمر ونحوه، وعلة وقوعهما معروفة هناك. [أ و].

(٤) في س: لم.　　(٥) في س: فيرجع.

(٦) في س: العوض.　　(٧) في س: فإذا.

(٨) في د: السيد.　　(٩) في د: المحاصيل.

الذي كان ثابتًا[(١)] له من قبل؛ فصلح أن تجعل عوضًا لجنس ذلك[(٢)] الحل.

وأيضا: فإن القيمة بدل الرقبة، ولو أصدقها عبدًا مجهول القيمة، [لصح، فكذلك هنا، وهذا التعليل يحكى عليه ما إذا أتلفت عليه عبدًا مجهول القيمة،][(٣)] وجعل قيمته صداقًا لها؛ فإنه[(٤)] لا يصح، ومقتضاه: أنه[(٥)] يصح؛ لعدم[(٦)] الفرق.

قال الإمام: لو طرد طارد هذا الوجه هنا، فهو قياس.

قال صاحب التقريب: وإذا أراد أن يعتقها، ويتزوج بها، مع أمته منها، فالوجه أن يقول: إن قدر الله بيننا نكاحًا، فأنت حرة قبله بيوم، ثم يمضي يوم أو أكثر، فينكحها؛ فإذا[(٧)] رضيت، انعقد النكاح، وتبين وقوع العتق مقدمًا [عليه][(٨)]، وإن أبت فتبقى رقيقة.

فمن الأصحاب من خالفه، وقال: هذا منه تفريع على وقف العقود، والصحيح فساده، [وهو][(٩)] الذي عليه أكثر الأصحاب.

ومنهم من قال: يتخرج على ما إذا زوج جارية أبيه[(١٠)] على ظن أنه حي، فبان ميتًا، وفيه قولان.

وقال الشيخ [أبو محمد: الوجه][(١١)] عندي القطع بالصحة؛ كما ذكره صاحب التقريب، وليست هذه المسألة كتزويج الابن جارية أبيه[(١٢)]؛ فإنه أنشأ العقد على غير بصيرة، والأصل بقاء أبيه والنكاح في مسألة صاحب التقريب ينشأ عن علم بأن الحرية تسبقه، وتتقدم عليه.

قال: **وإن أعتقت المرأة عبدها على أن يتزوج بها، عتق** - أي: من غير قبول - على المذهب الصحيح، ولا يلزمه أن يتزوج بها، [فلا ترجع][(١٣)] عليه بالقيمة؛ لأنها لم تشترط عليه عوضًا، وإنما وعدته وعدًا جميلاً؛ فصار كما لو قال لعبده: «أعتقتك على أن أعطيك ألفًا».

---

(١) في س: نائبًا.
(٢) زاد في د: القيمة.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: فإنها.
(٥) في س: أن.
(٦) في س: ويعد.
(٧) في س: فإن.
(٨) سقط في س.
(٩) سقط في س.
(١٠) في د: ابنه.
(١١) في س: أبو حامد.
(١٢) في د: ابنه.
(١٣) في د: ولا ترجع.

وفيه وجه: أنه يفتقر إلى قبوله في تحصيل العتق، فإذا قبل عتق، ولزمته قيمته، ولا يلزمه الوفاء بالتزويج؛ بالقياس على المسألة قبلها.

والفرق على المذهب: أن بضع الأمة متقوم[1] شرعًا مقابل بالمال، ونكاح الرجل ليس متقومًا[2] على المرأة.

قال: وإن تزوجها [أي][3]: على أن عتقه صداقها، استحقت عليه مهر المثل؛ لفساد الصداق.

قال: ويعتبر مهر المثل بمهر من يساويها من نساء العصبات - أي: إذا وجد[4] لحديث معقل بن يسار، وهو يجب في النكاح في تسعة مواضع:

المفوضة إذا دخل بها أو مات عنها في أحد القولين، وإذا فوضها بغير إذنها، أو كانت محجورًا عليها، وصححنا النكاح، والمفوضة المهر، والتي[5] سمي لها مهر فاسد: إما لجهالته، أو يكون[6] ملك الغير، أو حرامًا أو حرًّا في أحد القولين، وفي نكاح المغرور[7] وإذا أصدقها ثوبًا على أنه هروي، [فإذا هو][8] مروي، وإذا فات المسمى [قبل القبض][9] على أحد القولين، و [إذا شرط في الصداق شرط فاسد، وإذا تزوج نسوة بمهر واحد في أحد القولين.

ويجب في غير][10] النكاح في صور نذكرها[11] من بعد، إن شاء الله تعالى.

ونساء العصبات كالأخوات من الأبوين، أو من الأب، وبنات الإخوة كذلك، والعمات، وبنات العم كذلك، وتقدم الأخت للأبوين على الأخت للأب، وكذا من عداها، ويراعى في ذلك الأقرب فالأقرب، ولا نظر إلى ذوي الأرحام؛ لأن المهر مما يقع به المفاخرة؛ فكان [كالكفاءة في النكاح][12]، بخلاف ما ذكره في الحيض: أن المبتدأة ترد إلى عادة نساء عشيرتها من الأبوين على أظهر الوجوه؛ تفريعًا على الرد إلى الغالب؛ لأن[13] ذلك أمر يرجع إلى الخلقة[14] والجبلة،

---

(١) في د: متقدم.
(٢) في د: متفوقًا.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: وجب.
(٥) في س: الذي.
(٦) في س: بجهالته أو لكونه.
(٧) في س: الغرور.
(٨) سقط في س.
(٩) سقط في س.
(١٠) بدل ما بين المعقوفين في س: عين.
(١١) في س: تذكر.
(١٢) في س: كالكفارة.
(١٣) في د: على.
(١٤) في د: الخلع له.

والأب [والأم][١] يشتركان فيه.

قال: في السن، والمال، والجمال، والثيوبة، والبكارة، والبلد، أي: وكذا في العفة، والعقل، وسائر الصفات التي تختلف بها الأغراض؛ لأنه قيمة متلف؛ فاعتبر فيه الصفات التي لا تختلف بها الأغراض؛ وهذه الصفات تختلف بها الأغراض، فإن كانت أكثر منهن جمالاً، أو أصغر سنًّا، زيد في مهرها [بسبب ما فيها من الجمال، وزيادة الأوصاف، وكذلك لو نقصت، نقص من مهرها][٢] والرأي في ذلك منوط بنظر الحاكم.

وفيما علق عن الإمام: التسوية بين البكر والثيب؛ إذا كان لها شرف النسب.

وفي المال وجه: أنه لا اعتبار به.

والمراد باعتبار البلد: أن ينظر إلى مهر نساء عصباتها في تلك البلدة، فإن كان بعضهن في بلدة أخرى؛ فلا عبرة بمن في [ذلك البلد][٣] أما إذا كان جميعهن ببلد آخر، قال الرافعي: فالاعتبار بهن أولى من الاعتبار بالأجنبيات في تلك البلدة.

وفي التهذيب: أن الاعتبار بهن، من غير لفظ الأولوية.

وفي الشامل: أنه لا اعتبار بقراباتها؛ لأن عادات البلاد في المهر تختلف.

قال مجلي: وهذا فيه نظر؛ فإن اعتبار البلد مؤخر عن القرابات في المذهب؛ فكيف تسقط القرابات إذا كن في غيره، ويجعل الاعتبار بالبلد؟!

تنبيه: مهر المثل يجب حالاً من نقد البلد، فلو رضيت المرأة بالتأجيل، لا يثبت، ولو كانت النسوة المعتبر [بهن][٤] ينكحن بمؤجل، أو بصداق بعضه مؤجل - فلا يؤجل أيضًا، ولكن ينقص منه بقدر ما يقابل التأجيل.

ولو جرت عادتهن بأن يخففن مع العشيرة دون غيرها خفف في حق العشيرة دون غيره [وكذا لو كن يخففن إذا كان الخاطب شريفًا، خفف في حق الشريف][٥] دون غيره.

وقيل: لا يخفف في حق العشيرة والشريف.

---

(١) سقط في س.
(٢) سقط في د.
(٣) في س: تلك البلدة.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في د.

وقيل: مهر المثل الواجب بالعقد يختلف حكمه، أما الواجب بالإتلاف فلا ينبغي أن يختلف.

قال القاضي الروياني: وبهذا[1] أقول.

قال: فإن لم يكن لها نساء عصبات - أي: على تلك الصفات - لا في بلدها، ولا في غيرها[2]، أو كن، ولكن لم ينكحن، أو جهل مقدار مهرهن - اعتبر[3] بأقرب النساء إليها - أي: كالأمهات[4]، والجدات - ويقدم الأقرب فالأقرب؛ لأنهن أولى بالاعتبار.

ولو كان لها نساء عصبات[5] ميتات، ففي التهذيب وغيره: أنه لا يعتبر بهن.

وفي الذخائر: [أن][6] في اعتبار نساء عصبة المولى وجهين، فإن قلنا: يعتبرن، قدمن على أقرب النساء غير العصبات.

قال: فإن لم يكن لها أقارب من النساء، اعتبر بنساء بلدها؛ لأنهن أقرب إليها، ثم بأقرب النساء شبهًا بها؛ لأنه الممكن.

فروع:

[أحدها][7]: من لا نسب لها تعتبر بمهر من لا نسب لها، وكذا العربية [تعتبر][8] بمثلها، والأمة بمثلها، وننظر إلى شرف السيد وخسته[9]، والمعتقة تعتبر بمثلها، وفيه وجه: أنها تعتبر بنساء الموالي.

قال: وإذا أعسر الزوج[10] بالمهر قبل الدخول، ثبت لها الخيار؛ لأنه أعسر عن [تسليم العوض، والمعوض باق بحاله؛ فأشبه ما إذا أفلس المشتري بالثمن.

وإن أعسر بعد][11] الدخول، ففيه قولان:

أحدهما: لا يثبت الفسخ؛ لأن البضع بعد الوطء كالمستهلك؛ فأشبه ما لو أفلس المشتري بعد هلاك السلعة.

---

(١) في س: وبها.
(٢) في د: غيره.
(٣) في س: اعتبرنا.
(٤) في س: كالأم.
(٥) في د: عصباتها.
(٦) سقط في س.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في س.
(٩) في د: وحثيته.
(١٠) في د: الرجل.
(١١) سقط في س.

ولأن تسليمها يشعر برضاها بذمته، وإذا منعناها من الامتناع بعدما سلمت نفسها، فَلِئلَّا نسلطها على الفسخ كان أولى.

والثاني: يثبت الفسخ، وهو المحكي عن نصه في الإملاء، والصحيح في المهذب؛ [لأن البضع لا يتلف بوطء مرة واحدة؛ فجاز الفسخ والرجوع إليه، وقد أشير إلى بناء][١] القولين على تردد في أن المقابل بالمهر الوطأة الأولى؛ [فيكون المعوض تالفًا، ويمنع الفسخ، أو في مقابلة [جميع][٢] الوطآت؛ فيكون المعوض باقيًا فيه بقاء بعض المبيع في يد][٣] المفلس؟ وهذه الطريقة هي أصح الطرق عند الشيخ أبي حامد، والقاضي الروياني، وغيرهما.

وعند ابن أبي هريرة، والطبري، وابن الوكيل، والقاضي أبي حامد: أنه إن كان الإعسار[٤] قبل الدخول فقولان، وإن كان بعده فلا فسخ بلا خلاف.

وقيل بطرد القولين قبل الدخول وبعده.

وقيل بثبوت الفسخ قبله وبعدمه[٥] بعده، وبهذا الطريق قال أبو إسحاق.

وقيل: إنه لا يثبت في الحالين، وهو الأصح عند الإمام، والغزالي.

ويخرج من مجموع الطرق ثلاثة أقوال - كما ذكر في التهذيب-: الثالث: التفرقة بين ما قبل الدخول؛ فيثبت، أو[٦] بعده؛ فلا يثبت؛ وهذا الذي عليه الأكثر.

والأصح في التهذيب ثبوت الفسخ في الحالين.

فرعان:

أحدهما: لو رضيت بالمقام معه بعد أن مكنها القاضي من الفسخ، فهل تمكن[٧] من الفسخ بعد ذلك؟ قال الرافعي: لا تتمكن[٨]؛ لأن الضرر لا يتجدد والحاصل مرضي به؛ وهذا ما أطلقه جمهور الأصحاب[٩].

وعن أقضى القضاة الماوردي: أن هذا فيما إذا كانت المحاكمتان معًا قبل الدخول، أو بعده، أما إذا كانت المحاكمة الأولى قبل الدخول، والأخرى بعده - فوجهان.

---

(١) سقط في س.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: الاعتبار.
(٥) في س: ولعدمه.
(٦) زاد في س: صار.
(٧) في س: تتمكن.
(٨) في س: تمكن.
(٩) في د: الجمهور.

وفي التتمة: أن من أصحابنا من قال: لا يثبت لها الفسخ.

والصحيح: أن الحكم فيه كالمسلم فيه إذا انقطع، وقلنا: لا ينفسخ، ومقتضى هذا: [أن][١] الخيار لا يكون على الفور؛ لأنه إذا لم يسقط [مع الرضا][٢] بالمقام، فَلِئَلَّا يسقط بترك الفسخ أولى.

وفي الرافعي: أنه على الفور، وهو ما تبين[٣] على ما نقله[٤] نعم: نقل أنها لو علمت بإعساره، وأمسكت عن المرافعة والمحاكمة، [نظر: إن][٥] كان ذلك بعدما طالبته بالصداق، سقط خيارها، وإن كان قبل المطالبة، لم يسقط، وقد تؤخر المطالبة على توقع اليسار.

الثاني: لو نكحته، وهي تعلم إعساره، فهل لها الفسخ؟ فيه وجهان، حكاهما ابن الصباغ، ونقلهما الرافعي عن القاضي الروياني، وأن أشبههما المنع؛ كما لو رضيت به في النكاح، ثم بدا لها.

وفي الزوائد للعمراني، في باب الخيار في النكاح ضمن مسألة [منه][٦]: أن في المسألة قولين:

الجديد: ثبوت الخيار، ولم يحك الماوردي غيره، ووجهه: أن[٧] الإعسار من العيوب المظنونة، وأنه مما يجوز أن يزول بعد وجوده.

والقديم: أنه لا خيار.

قال: ولا يجوز الفسخ إلا بالحاكم؛ لأنه مختلف فيه؛ فأشبه العنة.

وفي التتمة: أن للمرأة أن تتولى الفسخ بنفسها على وجه، وشبهه بخيار رد المبيع بالعيب، وتمام التفريع على ذلك يأتي إن شاء الله - تعالى - عند الكلام في الإعسار بالنفقة؛ لأنه في التهذيب جعل حكمه حكمه، وكذلك الرافعي.

فرع: المفوضة إذا أعسر زوجها بالمهر، وقلنا: تستحقه بالعقد، فهل يتوقف حق الفسخ على أن يفرض لها، أو تملك الفسخ قبل الفرض؟ فيه وجهان في النهاية.

قال: وإن اختلفا في قبض الصداق، فالقول قولها؛ لأن الأصل عدم القبض.

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: بالرضا.
(٣) في س: بين.
(٤) في س: يقابله.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: بأن.

ولو كان الصداق تعليم سورة، فاختلفا في تعليمها، وكانت تحفظها، فهل القول قوله، أو قولها؟ فيه وجهان.

قال: وإن اختلفا في الوطء فالقول قوله - أي: سواء [كان](١) خلا بها، أو لا- لأن الأصل عدم الوطء(٢).

وفيه قول(٣): إذا وجدت الخلوة كان القول قولها، وقد تقدم ذكره.

فإن قيل: [إن](٤) الاختلاف في الوطء بعد الطلاق؛ لأجل رجوع الزوج في [شطر](٥) الصداق، فهلا خرج قبول قولها أو قوله(٦) على تقابل الأصلين؛ لأن المرأة تملك الصداق بجملته بالعقد، والزوج يدعي رجوع الشطر إليه بالطلاق؛ لصدوره قبل الدخول، والأصل بقاء ملكها؛ كما أن الأصل(٧) عدم الوطء المقتضي [لرجوع الشطر

قلنا: المختلف فيه أصلاً إنما هو الوطء، واستقرار الملك تبعه؛ فلا يجوز أن يجعل الأصل في الملك، وهو بقاؤه، رادًّا على الأصل في الوطء، وهو عدمه؛ إذ هو فرعه، والفرع لا يرجح على أصله، والله أعلم](٨).

فرع: لو أقامت شاهدًا واحدًا على اعترافه بالدخول، حلفت معه؛ لأن المقصود منه المال، بخلاف ما لو أقام [الزوج](٩) شاهدًا واحدًا على إقرارها بالدخول؛ فإنه لا يحلف معه؛ لأن مقصوده ثبوت العدة، والرجعة، وذلك ليس بمال؛ قاله البندنيجي في كتاب العدد.

قال: فإن أتت بولد يلحقه نسبه - أي: ولم ينفه باللعان - استقر المهر في أحد القولين - أي: إذا ادعت الوطء - لأن ذلك دليل الوطء، وهذا ما حكاه الرافعي لا غير عند الكلام في العنة.

وقال في كتاب الإيلاء: إنه الظاهر، والمنصوص عليه في رواية المزني وغيره.

قال: ولم يستقر في الآخر؛ لأن الولد يلحق بالإمكان، واستقرار المهر يتوقف

---

(١) سقط في س.
(٢) في د: للوطء.
(٣) في س: الوجه.
(٤) في د: إذا.
(٥) سقط في د.
(٦) في س: وقوله.
(٧) في د: الوصل.
(٨) سقط في س.
(٩) سقط في س.

على حقيقة الوطء، والأصل عدمه؛ وهذا ما نسبه الرافعي في كتاب الإيلاء إلى حكاية الربيع، وأن الشيخ أبا علي حكى طريقًا آخر، وهو تنزيل النصين على حالين: إن اختلفا قبل حدوث الولد، وحكمنا بنصف المهر؛ تصديقًا له، ثم أتت بالولد - لا يغير حكم المهر، ويلحق الولد بالإمكان.

وإن اختلفا بعد حدوث[١] الولد، ومات الزوج؛ فلا يقبل قول الورثة، بل نصدقها ونوجب [كل][٢] المهر، وحكاه البندنيجي - أيضا - في كتاب العدد.

فإن قيل: الخلاف المتقدم ينبغي أن يبني على الخلاف في أن استدخال الماء هل يقرر المهر أم لا؟ فإن قلنا: إن استدخال الماء يقرره، وجب أن يستقر هنا؛ إذ لا يخلو العلوق أن يكون من وطء أو استدخال الماء، وأيهما كان فهو مقرر.

وإن قلنا: لا يقرره، فقد صار العلوق ممكنًا من غير وطء، وهو استدخال الماء؛ فلا نجعل لحوق النسب دليلاً على الوطء، وقد أشار إلى ذلك ابن الصباغ قبل باب المتعة.

[و][٣] قيل: لا يحسن ذلك؛ لأن مقتضى هذا البناء أن يكون الصحيح هنا عدم الاستقرار؛ لأن الصحيح عدم الاستقرار باستدخال الماء، والصحيح خلافه، وإن كان الجيلي قد قال: إن الصحيح عدم الاستقرار في مسألتنا.

[ولأن][٤] الخلاف هنا محكي قولين كما ذكرناه، والخلاف في استدخال الماء محكي وجهين، ولا يمكن بناء قولين على وجهين[٥]، وإن كان ابن الصباغ قد حكى [الخلاف][٦] هنا وجهين، والله أعلم.

التفريع:

إن قلنا بالاستقرار، فلا بد من يمينها[٧] على الإصابة.

---

(١) في د: حدوثه.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) قوله: ولا يمكن بناء قولين على وجهين. انتهى كلامه.
ذكر مثله في غير هذا الموضع، وقد خالفه في باب زكاة الفطر في الكلام على ما إذا زوج أمته بعبد أو حر معسر، فقال: والبناء المذكور ممكن؛ لأن الوجهين مخرجان من أصول الشافعي، وحينئذ فلا يمتنع بناء قولين على أصلين، هذه عبارته. [أ و].
(٦) سقط في س.
(٧) في د: يمينًا.

وقال الرافعي: يمكن أن يخرج يمينها[(١)] على الخلاف فيما إذا أقامت بيّنة على بكارتها عند دعوى الزوج [الوطء][(٢)] في مدة العنة، [وقد تقدم ذكره][(٣)].

قلت: [ويمكن][(٤)] أن يفرق بينهما بأن ثَمَّ دعواها عدم الوطء موافقة للأصل، وإذا أقامت بينة على البكارة[(٥)]، كان ذلك مؤكدًا للأصل الذي ادعته؛ فأمكن أن يستغني عن اليمين[(٦)]؛ لوجود مرجحين تضافرا على محل واحد، وهنا دعواها الإصابة مخالفة للأصل، وظهور الحمل مرجح[(٧)] واحد، عارضه الأصل مع احتمال حصول العلوق [باستدخال الماء][(٨)]، ولا يلزم من ترك اليمين[(٩)] - عند وجود مرجحين لا معارض لهما - تركها عند وجود مرجح واحد له معارض، نعم: [قد][(١٠)] يتجه أن يكون في يمينها خلاف مبني على ما تقدم، من أن استدخال الماء هل يقرره أم لا؟ فإن قلنا: [لا يقرره][(١١)]، فلا بد من اليمين؛ لاحتمال أن يكون العلوق من [استدخال الماء

وإن قلنا: إنه يقرره، فلا فائدة لليمين؛ إذ لا علوق إلا من وطء أو استدخال الماء.

ويمكن أن يقال: يحتمل أن يكون العلوق من][(١٢)] غير الزوج، وإنما الشرع ألحق[(١٣)] الولد بالزوج، ولم يراعِ هذا الاحتمال؛ لقيام الفراش؛ فتحلف لقيام هذا الاحتمال؛ وهذا - أيضًا - مما يضعف البناء المذكور أَوَّلاً.

فائدة: كل من ادعى عدم الوطء، كان القول قوله، إلا في خمس مسائل:

إذا ادعى المولى الوطء، والمرأة ثيب، وأنكرت، فالقول قوله.

وكذلك العنين إذا ادعى الوطء، وأنكرت.

وهاتان المسألتان لم يختلف فيهما.

والثالثة: إذا أتت بولد يمكن أن يكون منه[(١٤)] وادعت الوطء، هل القول

---

(١) في د: يمينًا.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: بكارتها.
(٦) في س: الثمن.
(٧) في س: ترجع.
(٨) في س: بالاستذخال.
(٩) في س: الثمن.
(١٠) سقط في س.
(١١) في س: مقرر.
(١٢) سقط في د.
(١٣) في س: راعى إلحاقه.
(١٤) في د: منهم.

قولها، أو قوله؟ فيه وجهان[١].

والرابعة: إذا وجدت الخلوة، وادعت الوطء، وأنكره، فهل القول قول من منهما؟ فيه قولان[٢].

والخامسة: إذا قلنا: [إن][٣] خيار الأمة في العتق يسقط بالوطء، فادعى الزوج الوطء، وأنكرت، هل القول قوله أو قولها؟ فيه وجهان.

قال: وإن اختلفا في القدر[٤] **المسمى** - أي: [ولا بينة - تحالفا][٥]؛ كما في البيع.

وكذا الحكم فيما لو اختلفا في صفة المسمى: كالصحة والتكسير، والحلول والتأجيل، وقدر الأجل.

ولو قال: أصدقتك هذا العبد، فقالت: بل هذه الجارية، فالمذهب جريان التحالف[٦].

وفيه وجه ضعيف: أنهما لا يتحالفان؛ فإن الصداق في حكم عقد مستقل؛ صرح به الإمام قبل كتاب القسم[٧].

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون هذا الاختلاف قبل الدخول، أو بعده، مع بقاء النكاح أو انقطاعه؛ لأن [في][٨] الصداق عقدًا مستقلًّا بنفسه، وأثر التحالف يظهر فيه، لا في النكاح؛ كما سيأتي.

ولو ادعت تسمية شيء، وأنكر الزوج أصل التسمية، ففيه وجهان:

أصحهما - وهو اختيار القاضي الحسين-: أنه يجري التحالف.

والثاني: أن القول قول الزوج مع يمينه.

قال الرافعي: إنما يحسن وضع المسألة إذا كان ما تدعيه[٩] أكثر[١٠] من مهر المثل.

قلت: ويحسن إن كان ما تدعيه مساويًا لمهر المثل إذا كان من غير نقد البلد؛

---

(١) في س: الوجهان.
(٢) في س: وجهان.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: قدر.
(٥) في س: تحالفا إذا لم يكن بينة.
(٦) في س: مستقبل.
(٧) في د: العلم.
(٨) سقط في س.
(٩) في س: يدعيه.
(١٠) في س: فوق.

لاختلاف الأغراض بأعيان الأموال.

ولو ادعت النكاح ومهر المثل، فاعترف [الزوج][(١)] بالنكاح، وأنكر المهر، أو سكت عنه، ولم يدع التفويض، ولا إخلاء النكاح عن ذكر المهر - ففيه وجهان، حكاهما الغزالي:

أحدهما: [أنه][(٢)] يثبت لها المهر إذا حلفت، وينسب إلى القاضي الحسين.

وأظهرهما عنده: جريان التحالف؛ وهذا لا يكاد يتصور؛ فإن التحالف يقتضي أن يحلف كل واحد منهما على إثبات ما يدعيه[(٣)]، ونفي ما يزعم صاحبه، والزوج لم يصدر منه سوى إنكار مطلق، فأي معنى للتحالف؟!

والذي أجاب به مشايخ[(٤)] طبرستان - على ما قاله القاضي الروياني-: أن القول قول الزوج، وعليها البينة.

قال: والحق ألا يسمع إنكاره؛ لاعترافه بما يقتضي المهر، ولكن يكلف البيان، فإن ذكر قدرًا، وذكرت زيادة عليه، تحالفا، وإن أصر على الإنكار، ردت اليمين عليها، وقضى لها.

أما إذا كان لهما بينة، فإن أقامها أحدهما، عمل بها، وإن أقاما بينتين، وهما مختلفتان في قدر الصداق، فعن ابن سريج[(٥)] وجهان:

أحدهما: [أن][(٦)] بينة الزوج أولى؛ لاشتمالها على الزيادة.

والثاني: أنهما يتعارضان، فإن قلنا بالتساقط[(٧)] فكأنه لا بينة.

وإن قلنا: يقرع، فهل يحتاج من خرجت قرعته إلى يمين؟ فيه وجهان؛ كذا حكاه الرافعي، ومقتضاه أن القرعة تجري على قول الاستعمال، ولم [يحك ذلك][(٨)] [في التحالف][(٩)] في البيع، بل حكي أنه يوقف، وإن كان ابن التلمساني في «شرح التنبيه» حكى في جريان[(١٠)] القرعة والوقف وجهين.

قال: ويبدأ بيمين الزوج؛ هذا نصه هنا؛ لقوة جانبه بعد التحالف ببقاء البضع

---

(١) سقط في س.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: ينفي.
(٤) بياض في س.
(٥) في س: ابن شريح.
(٦) سقط في س.
(٧) في د: بالساقط.
(٨) في س: يحكه.
(٩) سقط في س.
(١٠) في د: بيان.

له، وهو[1] كالبائع؛ إذ يرجع إليه المبيع بعد التحالف.

قال: وقيل: فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: هذا.

والثاني: يبدأ بيمين المرأة؛ [لأنها][2] في منزلة البائع، والزوج في منزلة المشتري، وقد نص الشافعي على أنه يبدأ بالبائع.

والثالث: بأيهما شاء الحاكم؛ لتساويهما.

وقيل: يقرع بينهما.

وهذا الخلاف في الاستحباب، لا في الاستحقاق؛ نص عليه الشيخ أبو حامد وصاحب التهذيب، والتتمة.

وفي ابن يونس حكاية وجه عن الحاوي: [أنه][3] في الاستحقاق؛ وهذا كله موضع الكلام فيه باب «التحالف»، وإنما [ذكر هنا][4]؛ لبعد العهد به.

قال: فإذا حلف، لم ينفسخ النكاح؛ لأن التحالف يوجب الجهل بالعوض، والنكاح لا يفسد بالجهل بالعوض[5] على الصحيح.

قال: ووجب مهر المثل - أي: إذا [قلنا: ينفسخ][6] عقد الصداق، أو قلنا: إنه ينفسخ بنفس التحالف - لأن المسمى سقط، وتعذر الرجوع إلى المعوض؛ فوجب رد بدله؛ كما لو تحالفا بعد هلاك المبيع في يد المشتري.

وقال ابن خيران: [و][7] إن زاد مهر المثل على ما ادعته، فليس [لها][8] إلا ما ادعته، وحكي[9] عن ابن الوكيل أيضًا.

قال ابن الصباغ: وهذا مبني[10] على أن الفسخ [هل][11] يقع في الباطن مع الظاهر أم لا؟ وفيه وجهان، فإن قلنا: إنه ينفسخ في الباطن، استحقت مهر المثل، وإلا فالمسمى؛ إذا كان أقل.

قلت: وما قاله ابن الصباغ يتجه إذا كان المسمى من نقد البلد، أما إذا كان

---

(١) في س: فهو.
(٢) في د: لأنهما.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: ذكرناه.
(٥) في س: بالمعوض.
(٦) في د: فسخ.
(٧) سقط في س.
(٨) سقط في س.
(٩) في س: يحكى.
(١٠) في س: ينبني.
(١١) سقط في س.

عرضًا، فكيف يسلم إليها مع الحكم بانفساخ عقد الصداق في الظاهر، مع اختلاف الأغراض بأعيان الأموال والله أعلم[١].

فرعان:

أحدهما: لو مات الزوجان، واختلف الوارثان في الصداق، أو أحدهما ووارث[٢] الآخر - تحالفا، ويحلف الوارث في النفي على نفي العلم، وفي الإثبات على البت[٣].

وأحسن بعض الشارحين، فقال: عندي يحلف على البت في النفي والإثبات جميعًا؛ لأن القطع بأن[٤] النكاح جرى بخمسمائة، قَطْعٌ بأنه ما جرى بألف؛ فلا معنى لقوله: «لا أعلم بأنه نكحها بألف».

ولو ادعت على الوارث أن الزوج سمى لها ألفًا، فقال الوارث: لا أعلم كم سمى؟ فلا يتحالفان، ولكن[٥] يحلف الوارث على نفي العلم، ويقضى لها بمهر المثل؛ على ما حكاه المتولي.

الثاني: لو وقع الاختلاف في قدر المهر، [أو][٦] صفته بين ولي الصغيرة أو[٧] المجنونة، وبين الزوج، فوجهان:

أظهرهما - وبه قال ابن سريج، وأبو إسحاق-: أنهما لا يتحالفان، ولكن يوقف إلى البلوغ، أو الإفاقة، ويجوز أن يحلف الزوج، ويوقف يمينها إلى زمن الإمكان.

والثاني: أنهما[٨] يتحالفان، وهو الأصح في المهذب[٩]، وذلك مصور فيما

---

(١) زاد في س: (فروع) ولا أدري أين مكانها.

(٢) في د: وورث.

(٣) في س: البت.

(٤) في س: على أن.

(٥) في س: لكنه.

(٦) في س: و.

(٧) في س: و.

(٨) زاد في س: لا.

(٩) قوله: الثاني لو وقع الاختلاف في قدر المهر، أو صفته بين ولي الصغيرة، أو المجنونة، وبين الزوج، فوجهان.
أظهرهما، وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق: أنهما لا يتحالفان، ولكن توقف إلى البلوغ أو الإفاقة:
والثاني: أنهما يتحالفان، وهو الأصح في المهذب. انتهى كلامه.
وهذا النقل عن ابن سريج، وأبي إسحاق سهو، فإن الذي ذهبا إليه هو الثاني، وهو القول بالتحالف، كما هو مشهور معروف في كتب الأصحاب، حتى إن الرافعي صرح بنقله عنهما أيضًا. [أ و].

إذا ادعى الوَلِيُّ زيادة على مهر المثل، وادعى الزوج قدر مهر المثل، [أما إذا ادعى الزوج أن المسمى أنقص من مهر المثل][1]، فلا حاجة إلى التحالف، ويجب مهر المثل.

ولو ذكر الزوج قدرًا زائدًا على مهر المثل، وادعى الولي زيادة عليه، فلا يتحالفان؛ كي لا يرجع إلى مهر المثل.

وما ذكرناه يجرى في اختلاف الزوجة وولي الصغير[2] والمجنون وبين وليَّيْ الزوجين، وفي الوصي، والقيم والوكيل.

قال: ومن وطئ امرأة بشبهة، أو في نكاح فاسد، أو أكره امرأة على الزنى - وجب عليه مهر المثل، أي: باعتبار وقت الوطء.

أما في النكاح الفاسد؛ فلقوله ﷺ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ مَسَّهَا، فَلَهَا المَهْرُ[3] بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا»[4].

---

(١) سقط في س.
(٢) في د: الصغيرة.
(٣) في س: مهر المثل.
(٤) أخرجه أحمد (٦/ ٤٧، ١٦٥)، والدارمى (٢/ ١٣٧) كتاب النكاح، باب: النهى عن النكاح بغير ولى، وأبو داود (٢/ ٥٦٦) كتاب النكاح، باب: في الولى، حديث (٢٠٨٣)، والترمذي (٣/ ١٤٠٧) كتاب النكاح، باب: ما جاء لا نكاح إلا بولى، حديث (١١٠٢)، وابن ماجه (١/ ٦٠٥) كتاب النكاح، باب: لا نكاح إلا بولى، حديث (١٨٧٩)، وابن الجارود ص (٢٣٥) كتاب النكاح، حديث (٧٠٠)، والطحاوي (٣/ ٧) كتاب النكاح، باب: النكاح بغير ولى عصبة، وابن حبان (١٢٤٧ - موارد)، والدارقطني (٣/ ٢٢١) كتاب النكاح، حديث (١٠)، والحاكم (٢/ ١٦٨) كتاب النكاح، باب: أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها.
والبيهقي (٧/ ١٠٥) كتاب النكاح، باب: لا نكاح إلا بولى، من طرقٍ عن ابن جريج عن سليمان ابن موسى عن الزهرى أن عروة بن الزبير أخبره؛ أن عائشة رضى الله عنها أخبرته؛ أن رسول الله ﷺ قال: «أيما امرأة تزوجت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، وإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له».
وقال الترمذي: هذا حديث حسن.
وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين.
وصححه ابن حبان وأبو عوانة كما في تلخيص الحبير (٣/ ١٥٦).
وقد ضعف هذا الحديث الطحاوي فقال في شرح معاني الآثار (٣/ ٧ - ٨) من طريق يحيي بن معين عن ابن علية عن ابن جريج قال: لقيت الزهرى فسألته عن هذا الحديث فلم يعرفه فقلت له: أن سليمان بن موسى حدثنا به عنك، فأثنى على سليمان خيرًا، وقال: أخشى أن يكون وهم على.
قال ابن حجر في التلخيص (٣/ ١٥٧): وقد ضعف هذه الحكاية يحيي بن معين فقال: سماع ابن علية من ابن جريج ليس بذاك، قال: وليس أحد يقول هذه الزيادة غير ابن علية. وأعل ابن حبان وابن عدى =

وأما في الباقي؛ فبالقياس عليه؛ بجامع ما اشتركا فيه من استيفاء منفعة البضع.
ولا فرق في الشبهة بين شبهة المحل، والطريق، والملك، والاعتبارُ في الاشتباه جانب[1] المرأة[2] بالنسبة إلى المهر؛ كما تقدم في باب: «ما يحرم من النكاح».

فروع:

[أحدها] إذا وطئ المرتهن الجارية [المرهونة][3] بإذن الراهن، وهو جاهل [بالتحريم][4]، ففي وجوب المهر قولان، وفي قيمة الولد طريقان:
أحدهما: طرد القولين.

= وابن عبد البر والحاكم وغيرهم الحكاية عن ابن جريج، وأجابوا عنها على تقدير الصحة بأنه لا يلزم من نسيان الزهري له أن يكون سليمان بن موسى وهم فيه. وقد تكلم عليه الدارقطني في جزء من حدث ونسي. اهـ.
ولابن حبان كلام في هذا الشأن ذكره في صحيحه فقال: وليس هذا مما يقدح في صحة الخبر؛ لأن الضابط من أهل العلم قد يحدث بالحديث ثم ينساه فإذا سئل عنه فلم يعرفه، فلا يكون نسيانه دالاً على بطلان الخبر. وهذا المصطفى ﷺ خير البشر صلى فسها فقيل له: أقصرت الصلاة أم نسيت؟ فقال: كل ذلك لم يكن. فلما جاز على من اصطفاه الله لرسالته في أهم أمور المسلمين الذي هو الصلاة حين نسي فلما سألوه أنكر ذلك، ولم يكن نسيانه دالاً على بطلان الحكم الذي نسيه - كان جواز النسيان على من دونه من أمته الذين لم يكونوا معصومين أولى. اهـ.
وسليمان بن موسى لم ينفرد بالحديث عن الزهري، فقد تابعه الحجاج بن أرطأة:
أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٠٥) كتاب النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي (١٨٨٠)، وأحمد (٦/ ٢٦٠)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/ ٧)، وأبو يعلى (٨/ ١٤٧) رقم (٤٦٩٢)، والبيهقي (٧/ ١٠٥) من طريق الحجاج عن الزهري به.
والحجاج بن أرطأة ضعيف.
وتابعه أيضا جعفر بن ربيعة:
أخرجه أبو داود (٤٨٠)، وأحمد (٦/ ٦٦)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/ ٧).
قال أبو داود: جعفر لم يسمع من الزهري؛ كتب إليه.
وتابعه أيضا عبيد الله بن أبي جعفر:
أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/ ٧) وهذا الطريق والذي قبله فيهما ابن لهيعة.
وقد ضعف الطحاوي هذه المتابعات في شرحه فقال: وهم يسقطون الحديث بأقل من هذا، وحجاج ابن أرطأة لا يثبتون له سماعًا من الزهري، وحديثه عنه مرسل عندهم، وهم لا يحتجون بالمرسل وابن لهيعة، فهم ينكرون على خصمهم الاحتجاج به عليهم بحديثه، فكيف يحتجون به عليه في مثل هذا؟.

(١) في س: بجانب.
(٢) زاد في س: في المهر في الشبهة.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.

والثاني: القطع بالوجوب.

[الفرع الثاني] إذا كانت الموطوءة بكرًا، هل يعتبر مهر ثيب، ويجب معه أرش البكارة، أو يجب مهر بكر؟ فيه وجهان:

أظهرهما - وهو ما[١] **أورده الغزالي في [باب][٢] الديات، وينسب إلى النص**-: [الثاني؛ لأن][٣] المهر يجب للاستمتاع واستيفاء منفعة البضع، والأرش يجب لإزالة [تلك][٤] [البكارة، وهي][٥] الجلدة، والجهتان مختلفتان؛ فينفرد[٦] [موجب][٧] كل واحد منهما عن موجب الآخر.

وفي ابن يونس حكاية وجه [ثالث][٨]: أنه يجب مهر بكر، وأرش البكارة؛ [وهو][٩] محكي في الديات.

[الفرع الثالث:] إذا تكرر منه الوطء، فهل يجب بكل وطأة مهر، أم يتحد المهر؟ ينظر:

إن كان الوطء في نكاح فاسد، فلا يجب إلا مهر واحد، وادعى الإمام في ذلك الإجماع عند الفروع المذكورة قبل «القسم».

وإن كان وطء شبهة[١٠]، فينظر:

إن تعددت الشبهة؛ بأن وطئ بشبهة، ثم زالت، ووطئ بشبهة أخرى - وجب مهران.

وإن كانت الشبهة واحدة، نظر[١١]:

إن كانت شبهة محل أو طريق، لم يجب إلا مهر واحد؛ كما [يجب][١٢] في النكاح الفاسد.

وفي الإبانة: أن مشتري الجارية المغصوبة من الغاصب إذا تكرر منه وطؤها، مع جهله بكونها مغصوبة: أن في تكرر المهر وجهين، وهذه شبهة محل؛ إذ هو

---

(١) في د: كما.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: ثبوت.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في د.
(٦) في د: ويقرر.
(٧) سقط في س.
(٨) سقط في س.
(٩) سقط في س.
(١٠) في س: بشبهة.
(١١) في س: فينظر.
(١٢) سقط في د.

يظن أنها ملكه، ومقتضى ذلك جريان الوجهين [فيها][(١)].

وإن كانت شبهة ملك: كالأب إذا وطئ جارية الابن، وأحد الشريكين إذا وطئ الجارية المشتركة، والسيد مكاتبته[(٢)] - ففي التعدد وجهان:

أشبههما: أنه لا يجب إلا مهر واحد؛ لأن الشبهة، وهي وجوب الإعفاف، [وعلقة الملك][(٣)] - شاملة.

وفي التهذيب: أن محل الوجهين ما إذا اتحد المجلس، أما إذا اختلف، تعدد المهر.

وقضية هذا: أن يطرد في شبهة المحل أيضًا.

[أما إذا][(٤)] أكرهت على الزنى، وجب بكل وطأة مهر؛ لأن[(٥)] الوجوب هنا؛ لإتلاف منفعة البضع، وقد تعدد.

وفي «الوسيط» في كتاب «الغصب» حكاية تردد فيه عن الشيخ أبي محمد، حكاه الرافعي وجهين، الأصح منهما: التعدد؛ كما جزم [به][(٦)] هنا، وقضية توجيهه الحكم بالتعدد في صورة الجهل أيضًا؛ لأن الإتلاف الذي هو سبب الوجوب حاصل؛ فلا معنى للإحالة على الشبهة؛ أورد هذا الإمام، وقال: هذه لطيفة يقتضي بها العجب.

وإذا قلنا بوجوب مهر واحد، فينظر فيه إلى أعلى[(٧)] الأحوال، ويكون الواجب مهر تلك الحالة.

قال: **وإن طاوعته على الزنى** - أي: حرة كانت أو أمة - وهي عالمة بتحريمه[(٨)]، **لم يجب لها** - أي: ولا لسيد الأمة - المهرُ؛ لأنه ﷺ «نَهَى عَنْ مَهْرِ البَغِيِّ»[(٩)]، ولأن منافع البضع تقوم بالشرع، وهي محترمة، ولا حرمة مع البغي.

أما إذا كانت جاهلة بتحريمه؛ لكونها حديثة عهد بالإسلام، فمنهم من أوجبه؛ كما في الوطء بالشبهة[(١٠)]، ومنهم من تردد في وجوبه، وإن قطع بسقوط الحد؛

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: المكاتبة.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: وأما إذا.
(٥) في س: لا.
(٦) سقط في س.
(٧) في د: إعلاء.
(٨) في س: التحريم.
(٩) تقدم.
(١٠) في س: في الشبه.

لضعف هذه الشبهة؛ حكاه الغزالي في كتاب «الرهن»، ونقل عن القاضي أنا إذا اكتفينا بهذا القدر في إثبات الأحكام؛ فينبغي أن نقول: المجنون إذا زنى، فحكمه حكم الوطء بالشبهة.

قال: [وقيل](١): إن كانت أمة، وجب(٢)؛ لأن المهر حق للسيد؛ فلا يؤثر فيه رضاها؛ كما لو(٣) أَذِنَت في قطع يدها؛ كذا علله الرافعي وغيره.

وفي «التتمة» في كتاب «الجنايات»: لو أن عبدًا قال لعبد آخر: اقطع يدي، ففعل، هل يجب القصاص أم لا؟ فعلى وجهين:

فإن قلنا: لا يجب، ففي وجوب الدية وجهان ينبنيان على أن الأمة إذا طاوعت في الزنى، هل يجب المهر أم لا؟ وفيه قولان.

وإذا كان هذا فرعًا لمسألة الباب، كيف يحسن قياس مسألة الباب [عليه](٤)؟

قال: والمذهب أنه لا يجب؛ لعموم الخبر، وكون المهر حقًّا للسيد لا يمنع سقوطه بفعلها؛ كما إذا ارتدت قبل [دخول الزوج](٥) بها، أو أُرضِعت إرضاعًا مفسدًا للنكاح.

قال الإمام: وفيه لطيفة من جهة المعنى، وهي أنها مشاركة في العمل، وليس الزاني منفردًا بإتلاف المنفعة، ولا [تمييز، ولا تشطير](٦)، والشرع لا يتقاضى إثبات البدل لحق الحرمة(٧)؛ ذكره في كتاب «الرهن» في ضمن فصل: «كل تصرف [يمنع نفوذه لحق](٨) المرتهن».

فرع: وإذا قلنا بسقوطه، فلو كانت بكرًا، فإذا قلنا: إنها إذا كانت مكرهة يجب مهر ثيب وأرش البكارة، [أو مهر بكر وأرش البكارة](٩) - وجب أرش البكارة.

وعلى مقتضى ما قاله في «التتمة» ينبغي ألاَّ يجب.

وإن قلنا: يجب عليه مهر بكر، فهل يجب عليه زيادة على مهر مثلها، وهي ثيب؟ فيه وجهان، حكاهما الرافعي في كتاب «الغصب».

---

(١) سقط في س.
(٢) في التنبيه: يجب.
(٣) زاد في د: قال.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: الدخول.
(٦) في س: يتميز ولا يشطر.
(٧) في د: حرمة.
(٨) في س: ممتنع تكرره بحق.
(٩) سقط في د.

[فرع] آخر:[1] لو اختلفا في الطواعية، فادعاها الواطئ، وادعت الإكراه، فمن القول قوله؟ فيه قولان؛ لتقابل الأصلين؛ حكاهما[2] في الغصب.

ومن الصور التي يجب فيها مهر المثل، التي تقدم الوعد بذكرها: الرضاع: إذا أرضعت زوجته الكبيرة الصغيرة، أو أم الكبيرة.

وفي الشهادة بالطلاق مع الرجوع؛ على الأصح.

والشفعة إذا جعل الشقص المشفوع صداقًا.

وإذا جاءت امرأة في أيام الهدنة على ما سيتضح في موضعه[3]، إن شاء الله تعالى.

والخلع. وفيه صور تستنبط من الصور المذكورة في النكاح التي قدمناها، والله أعلم.

(١) سقط في س.
(٢) في س: حكيتهما.
(٣) في س: بابه.

باب المتعة

المتعة: من التمتع، وهو الانتفاع.

والمراد بها هنا: المال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته؛ لمفارقته إياها.

قال: **إذا فوضت المرأة بضعها، وطلقت قبل الفرض والمسيس، وجب لها المتعة**؛ لقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، وهل هي واجبة بالعقد أو بالطلاق؟ فيه وجهان[١]:

أصحهما - وهو الجديد-: الثاني، وادعى الإمام أن من قال بخلافه كان رادًّا للإجماع، وقد صرح بذكر الخلاف مجلي وغيره.

والمراد بالمسيس: الوطء.

قال: **وإن سمّى[٢] لها مهرًا صحيحًا أو وجب لها مهر المثل**، أي: بأن[٣] كان المسمى فاسدًا، أو سكت عن ذكر المهر، وطلقت قبل المسيس، وجب لها نصف المهر دون المتعة؛ لمفهوم الآية، ولأنه لم يستوف منفعة بضعها، وتشطير[٤] المهر كان لما لحقها من الابتذال؛ فلا حاجة إلى شيء آخر.

وعن ابن سريج وغيره من الخراسانيين إثبات قول آخر: أن لها متعة[٥]؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٤١].

قال: **وإن طلقت بعد المسيس** - أي: سواء سمي لها مهر صحيح، أو وجب لها مهر المثل، أو كانت مفوضة، ولم يفرض لها - فهل لها المتعة مع المهر؟ فيه قولان:

القديم: أنه لا متعة لها؛ لأنها لا تجب عند وجوب شطر المهر؛ فعند وجوب جميعه أولى.

---

(١) في س: قولان.
(٢) في س: فرض.
(٣) في د: إذ.
(٤) في س: تشطر.
(٥) في س: المتعة.

والجديد الصحيح: أن لها المتعة؛ لقوله[(١)] تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٤١].

وأيضًا: فقد قال تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨] وكان ﷺ قد دخل بهن.

ولأن المهر في مقابلة الوطء؛ فيبقى الابتذال بالعقد خاليًا عن البدل؛ فوجبت المتعة؛ كما قبل الفرض والمسيس.

وفي التتمة عن بعض الأصحاب [إشارة][(٢)] إلى فرق بين المفوضة والتي استحقت المهر بالعقد:

فالمفوضة تستحق المتعة بعد الدخول؛ لأنها ما استحقت مالاً بالعقد، بخلاف غيرها؛ لأنها ملكت المال بالعقد.

ويستوي في المتعة: المسلم والذمي، والحر والعبد، وهي من كسب الزوج الرقيق ولسيد الأمة كالمهر. قال: **وكل فرقة وردت من جهة [الزوج بإسلام][(٣)]، أو ردة، أو لعان، أو خلع** - أي: معها أو مع أجنبي - أو من جهة أجنبي: كالرضاع - أي: كرضاع أم الزوجة [الكبيرة الصغيرة][(٤)] - فحكمه حكم الطلاق في إيجاب المتعة - أي: في الأحوال الثلاثة - كما دل [عليه][(٥)] كلامه في المهذب؛ كما أن حكمه حكم الطلاق في التشطير.

[وفي الوسيط حكاية تردد عن الأصحاب في الخلع معها، وهو مشابه لما حكيناه في التشطير][(٦)].

ولو فوض الطلاق إليها، فطلقت، أو آلى عنها، وطلقها بعد المدة بطلبها، أو علق طلاقها بفعلها، ففعلت - فحكمه حكم الطلاق.

وحكى الحناطي في الأخيرتين وجهًا: [أنها لا تجب][(٧)].

قال: وكل فرقة وردت من جهة المرأة بإسلام، أو ردة، أو رضاع، أو فسخ بالعيب - أي: إما فيها أو فيه - أو بالإعسار، وكذا بعتقها والزوج رقيق، أو بالغرور - لم يجب لها المتعة؛ لأن المهر يسقط[(٨)] بذلك، ووجوبه [آكد من][(٩)] وجوب المتعة.

---

(١) في س: لعموم قوله.
(٢) سقط في س.
(٣) في د: الأجنبي.
(٤) في س: الصغيرة الكبيرة.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: أنه لا يجب.
(٨) في س: سقط.
(٩) في د: الذمي.

وفي الفسخ بالعنة حكاية قول: أن لها المتعة، وهو مشابه لما حكيناه في باب الخيار في النكاح: أنه [يشطر الصداق][1] على رأي.

وفي الجيلي حكاية عن الماوردي: أن الفسخ إن كان [بعيب][2] مقارن للعقد، فلا مهر، ولا متعة.

وإن كان حادثًا بعد العقد، فلا يسقط به نصف المهر، وتجب المتعة.

[قال][3]: وهو غريب لم يذكره غيره.

والمحكوم بإسلامه من الزوجين تبعا لأحد أبويه، هل تحال الفرقة عليه بالنسبة إلى تشطر[4] الصداق؟ فيه خلاف تقدم، ويتجه[5] جريانه في المتعة.

فرع: لو ارتد الزوجان معًا، ففي وجوب المتعة وجهان؛ كما في التشطير.

والفرقة الحاصلة بالموت لا توجب المتعة بالإجماع؛ لأن النكاح قد بلغ منتهاه؛ فلم يلحقها الابتذال الذي لأجله وجبت المتعة.

قال: **وإن كانت [الزوجة]**[6] **أمة فباعها**[7] **المولى من الزوج؛ فانفسخ النكاح** - فالمذهب أنه لا متعة لها، وهو ما جزم به في التهذيب؛ لأن المتعة تجب بالفرقة، فتكون للمشتري، فلو أوجبناها، لأوجبناها له على نفسه، فلم تجب؛ بخلاف المهر؛ فإنه يجب بالعقد؛ فوجب للبائع.

قال: **وقيل: يجب**[8]، وهو المنقول عن الإملاء؛ لأن سبب الفرقة حصل من الزوج وغيره؛ فأشبه الخلع.

قلت[9]: ويمكن بناؤهما على أن المتعة تجب بالعقد، أو بالطلاق؟ فإن قلنا: تجب بالعقد، وجبت للسيد، وإلا فلا.

قال: **وقيل: إن كان السيد طلب البيع، لم تجب، وإن كان الزوج طلب، وجبت**[10]؛ وهو المحكي عن أبي إسحاق؛ لاستوائهما في العقد المقتضي للفراق؛ فيرجح[11] بالاستدعاء.

قال في الشامل: [قال أصحابنا][12]: وهذا يفسد بالخلع.

---

(١) في س: يشطرت المهر.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: تشطير.
(٥) في س: فيتجه.
(٦) سقط في التنبيه.
(٧) في د: فنكحها.
(٨) في التنبيه: تجب.
(٩) في س: قال.
(١٠) في التنبيه: وجب.
(١١) في س: فرجح.
(١٢) سقط في س.

قال الإمام: والضابط: أن كل ما [لو][1] جرى قبل المسيس لم يسقط المهر، بل يشطره، فهو موجب للمتعة، وكل ما يتضمن سقوط جميع المهر، فلا يتعلق به المتعة، ولا استثناء إلا في مسألة شراء الزوجة.

واعلم أن قول الشيخ: «فانفسخ النكاح» محترز به عما إذا لم ينفسخ، بأن فسخ العقد في زمن الخيار، وفرعنا على أن الملك ما انتقل [أو][2] موقوف أو قلنا: إنه انتقل على أحد الوجهين، وقد تقدم ذكر ذلك في باب ما يحرم من النكاح.

ويحترز [به][3] أيضًا عما إذا كان الزوج وكيلاً في شرائها.

قال: وتقدير المتعة إلى الحاكم - [أي: عند عدم توافقهما على شيء-][4] يقدرها على حسب ما يراه: على الموسع قدره، وعلى المقتر قدره؛ للآية.

والمقتر: من القتر، والتقتير، والإقتار، ثلاث لغات، وهو ضيق العيش.

وفيه وجه[5]: أنه يجب لها أقل ما يتمول، ويكون ذلك متعة؛ كما أنه يجوز أن يكون صداقًا.

قال: وقيل: يختلف باختلاف حال المرأة[6]؛ لأن المتعة كالبدل عن شطر المهر؛ بدليل انتفائها عند وجوبه، والمهر يعتبر بحالها؛ فعلى هذا تعتبر متعة من هي مثلها في الجمال والشرف.

وفيه وجه: أنه يعتبر بحال قماشها وجهازها[7].

وقيل: ننظر إلى حالهما جميعًا.

قال في الوسيط: وهو الصحيح، ورجحه غيره، وهو ظاهر لفظ المختصر.

ويجوز أن تزيد المتعة على نصف مهر المثل؛ على أظهر[8] الوجوه، وهو ما أورده في التهذيب.

ولا تزيد على الثاني، وهو محكي عن صاحب التقريب؛ لأنها[9] بدل عنه.

وتنقص عنه في الثالث؛ كما يحط التعزير عن الحد؛ حكاه الحناطي، ونقل الإمام اتفاق المحققين عليه، فإن كان في العقد مسمى فينقص عن نصفه، وإلا فينقص عن نصف مهر المثل.

---

(١) سقط في س.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) في د: أوجه.
(٦) في س: الزوجة.
(٧) في س: جمالها.
(٨) في س: أضعف.
(٩) في س: لأنه.

وإن كان في العقد مسمى، وفرعنا على أن المدخول بها تستحق المتعة، فينظر في المتعة ونصف مهر المثل، أو ينظر في المتعة ونصف المسمى.

[و][1] أبدى الإمام احتمالين، ورجح الأول[2].

أما إذا تراضيا على شيء فذاك.

وحكى الحناطي وجهًا: أنه ينبغي أن يُملِّك كل منهما صاحبه، فإن لم يفعلا، لم تبرأ ذمة الزوج، ولها رفع الأمر إلى الحاكم؛ ليقدر[3] متعة، والظاهر الأول، وهذا كله في القدر الواجب.

أما المسنون، فأقله ثلاثون درهمًا [أو ما قيمته][4] ذلك؛ كما ذهب إليه ابن عمر، وابن عباس.

وفي التتمة: أن المستحب أن يمتعها بخادم، فإن لم يكن فَمِقْنَعة أو ثلاثين درهمًا.

وفي بعض الشروح حكاية قول[5]: أنه يمتعها بخادم إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا فَمِقْنَعة وإن كان متوسطًا [فبقدر][6] ثلاثين درهمًا[7] والله أعلم.

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: الثاني.
(٣) في س: يقلد.
(٤) في د: وما قيمة.
(٥) في س: وجه.
(٦) سقط في س.
(٧) زاد في س: أو قدرها.

باب الوليمة والنثر

الوليمة: الطعام المتخذ للعرس، مشتقة من الولم، وهو الجمع؛ لأن الزوجين يجتمعان؛ قاله الأزهري وغيره.

قال ابن الأعرابي: وأصلها تمام الشيء واجتماعه، والفعل منها: أَوْلَمَ.

وقيل: الوليمة كل طعام يتخذ(١) لحادث سرور من إملاك، وعرس وسلامة المرأة عن الطلق، وحلق رأس المولود، وختانه، وقدوم المسافر، والبناء(٢).

وتسمى: مأدبة(٣)، لكنه غلب استعمال لفظ الوليمة على الطعام المتخذ لأجل العرس؛ لما ذكرناه، وما عداه اشتهر له اسم يختص به، فطعام الإملاك يسمى: الشُّندخي: بشين معجمة تضم وتفتح، ونون بعدها، ودال غير معجمة [تضم وتفتح](٤)، وخاء بعدها، اشتق من قولهم: «فرس شندخ»، وهو الذي يتقدم الخيل، وسمي هذا الطعام بذلك؛ لأنه يتقدم العرس.

والطعام المتخذ عند سلامة المرأة من الطلق: الخرس [والخرص](٥) بضم [الخاء](٦) وبالسين وبالصاد.

و[الطعام المتخذ](٧) عند حلق رأس المولود في السابع: العقيقة.

وعند الختان: الإعذار، بالعين المهملة، والذال المعجمة.

والطعام المتخذ عند قدوم المسافر: النقيعة، مأخوذ من النقع، وهو الغبار.

ثم قيل: إن المسافر يصنع الطعام، وقيل: يصنعه غيره له.

والطعام المتخذ عند البناء: الوكيرة.

وعند المصيبة: الوضيمة، بفتح الواو، وكسر الضاد المعجمة.

وإذا كان الطعام لغير سبب سمي: مأدبة، بضم الدال وفتحها.

قال: **الوليمة على العرس [واجبة على](٨) ظاهر النص:**

---

(١) في س: متخذ.
(٢) في س: للبناء.
(٣) زاد في س: و.
(٤) في س: بضم وفتح.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في س.
(٧) سقط في س.
(٨) في د: واجب في.

العرس: مؤنثة ومذكرة، والراء ساكنة ومضمومة، والجمع: أعراس.

والدليل على ظاهر النص، وهو ما ذهب [إليه](١) ابن خيران قوله ﷺ لعبد الرحمن بن عوف وقد تزوج: «أولم ولو بشاة»(٢).

ولأنه ﷺ ما تركها في سفر ولا حضر.

قال: **وقيل: لا تجب، وهو الأصح**، ويحكى عن القفال؛ لقوله ﷺ: «لَيْسَ فِي المَالِ حَقٌّ سِوَى الزَّكَاةِ»(٣).

ولأنها لا تختص(٤) بالمحتاجين؛ فأشبهت(٥) الأضحية، والحديث [الأول](٦) محمول على تأكد الاستحباب.

وقيل: هي فرض على الكفاية إذا فعلها واحد أو اثنان في الناحية أو القبيل، وشاع، وظهر، سقط الفرض عن الباقين.

أما سائر الولائم غير وليمة العرس، فلا تجب لكن يستحب إظهارها؛ لما في ذلك من إظهار نعمة الله - تعالى - عليه والشكر عليها.

وفي التتمة: أن من الأصحاب من خرج وجوبها قولاً.

قال: **والسنة أن يولم بشاة**؛ لأنه ﷺ أولم على [زينب بنت جحش بشاة(٧)، وبأي شيء أولم من الطعام جاز؛ لأنه - عليه السلام - أولم على](٨) صفية بسويق وتمر(٩).

وقال في الشامل والتتمة: أقل الوليمة للمتمكن شاة؛ لحديث عبد الرحمن؛ فإن لم يتمكن من ذلك، اقتصر على ما يقدر عليه؛ لأنه ﷺ [حيث](١٠) أولم بالسويق

---

(١) سقط في د.

(٢) أخرجه البخاري (٩/ ١٢٩)، كتاب النكاح، باب: كيف يدعي للمتزوج (٥١٥٥)، ومسلم (٢/ ١٠٤٢)، كتاب النكاح، باب: الصداق (٧٩/ ١٤٢٧).

(٣) تقدم.

(٤) في س: تحتاج.

(٥) في س: وأشبهت.

(٦) سقط في س.

(٧) أخرجه البخاري (٩/ ١٣٩)، كتاب النكاح، باب: الوليمة ولو بشاة (٥١٦٨)، ومسلم (٢/ ١٠٤٩)، كتاب النكاح، باب: زواج زينب بنت جحش (٩٠/ ١٤٢٨).

(٨) سقط في د.

(٩) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٤١) كتاب الأطعمة، باب: في استحباب الوليمة عند النكاح (٣٧٤٤)، والترمذي (٣/ ٤٠٣)، كتاب النكاح، باب: ما جاء في الوليمة (١٠٩٥)، وابن ماجه (١/ ٦١٥) كتاب النكاح، باب: الوليمة (١٩٠٩).

(١٠) سقط في س.

والتمر[١]، كان في حرب خيبر، وهو مظنة العجز.

قال: والنثر مكروه، والنثر: مصدر نثر يَنثُر ويَنثِر نثرًا ونثارًا، ومعناه: رماه متفرقًا.

وإنما كره كما حكاه[٢] الشيخ وابن الصباغ والمتولي؛ لأن التقاطه دناءة ويؤخذ بتزاحم، وقد يؤدي إلى الوحشة والعداوة، وربما أخذه من يكره صاحبه أن يأخذه؛ لقوته، وشدته[٣]، والنثر سبب ذلك.

وفيه وجه: أنه غير مكروه، وهو ما أجاب به الغزالي، ورجحه الرافعي، لكن الأولى[٤] تركه؛ لما روي عن جابر أن النبي ﷺ حضر في إملاك، فأتى بأطباق عليها جوز ولوز وتمر، ونثرت، فقبضنا أيدينا، فقال: «مَا لَكُمْ لَا تَأْكُلُونَ؟» فقالوا[٥]: لأنك نهيت عن النهبى، فقال: إنما نهيتكم عن نهبى العساكر[٦]، خذوا على اسم الله تعالى؛ فجاذبنا وجاذبناه[٧]، ورد في التتمة هذا الحديث، لكنه[٨] لم يثبت عند أهل الحديث.

وقال الصيمري: النثر سنة؛ لأنه - عليه الصلاة والسلام - نثر لما زوج ابنته فاطمة؛ فتحصل في المسألة ثلاثة أوجه: يستحب، يكره، لا هذا ولا ذاك.

أما أخذ النثار من الهواء وتلقيه بالإزار فمكروه، والتقاطه جائز، لكن تركه أولى، إلا إذا عرف أن الناثر لا يُؤْثِرُ بعضهم على بعض، ولم يقدح الالتقاط في المروءة.

وقال الصيمري: إنه مكروه من غير تفصيل.

ومن التقطه هل يملكه؟ فيه وجهان، أصلهما على ما رواه[٩] المتولي الخلاف

---

(١) تقدم. (٢) زاد في س: ابن. (٣) في س: شرهه.

(٤) في د: الأول. (٥) في س: فقال. (٦) في د: نهى العاكر.

(٧) أخرجه الطبراني في الأوسط (١/ ٤٤) رقم (١١٨)، والعقيلي في الضعفاء (١/ ١٤٢) في ترجمة بشر بن إبراهيم الأنصاري، وأبو نعيم في الحلية (٥/ ٢١٥)، والبيهقي (٧/ ٢٨٨)، وابن الجوزي في الموضوعات (٣/ ٥٧، ٥٨)، رقم (١٢٦٨، ١٢٦٩)، من حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه.
وذكره الهيثمي في المجمع (٤/ ٢٩٣)، وقال: رواه الطبراني في الأوسط والكبير بنحوه إلا أنه قال: على الخير والبركة والألفة والطائر الميمون والسعة في الرزق بارك الله لكم، وفي إسناد الأوسط بشر بن إبراهيم وهو وضاع، وفي الكبير حازم مولى بني هاشم عن لماذة ولم أجد من ترجمهما.
قلت: لم أجد رواية جابر بن عبد الله كما هو عند المصنف.

(٨) في س: لكونه. (٩) في د: رآه.

في المعاطاة، لكن الأئمة إلى ثبوت الملك هنا أميل.

فإن قلنا بعدم الملك، فللناثر[١] الاسترجاع، وبه أجاب ابن كج، ولكن قيده بما [إذا][٢] لم يخرج من الدار، وعليه الغرم إذا كان أتلفه.

وإن قلنا بالملك فليس له استرجاعه.

ويخرج عن ملك الناثر بالنثر[٣]، أو بأخذ الملتقط، أو بإتلافه؟ فيه ثلاثة أوجه.

فروع:

لو وقع في حجر إنسان من النثار شيء، فإن بسطه لذلك، فهو كالأخذ بالأيدي، فلو سقط كما وقع، فهل يبطل حقه؟ فيه وجهان، وأجراهما الإمام فيما إذا وقع الصيد في الشبكة، وانفلت في الحال، وقال: الظاهر أن حقه يبقى.

وإن لم يبسط حجره لذلك، فلا يملكه، ولكنه أولى به من غيره، فإن أخذه غيره، فهل يملكه؟ فيه وجهان:

الأظهر: عدم الملك.

ولو سقط من حجره قبل أن يأخذه، أو قام فسقط، بطل اختصاصه، وهذه الأولوية إنما تثبت إذا كان من وقع في حجره ممن يأخذ، فأما من يعلم أنه لا يأخذه، ولا يرغب فيه، فلا اختصاص له به[٤].

قال: **ومن دعي إلى وليمة**[٥]**، لزمته**[٦] **الإجابة**، أي: سواء كان المدعو مفطرًا، أو صائمًا؛ لما روي ابن عمر - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «مَنْ دُعِيَ إِلَى وَلِيمَةٍ[٧] فَلْيَأْتِهَا»[٨]، وروى: «مَنْ دُعِيَ [فَلَمْ يُجِبْ، فَقَدْ عَصَى][٩] اللَّهَ وَرَسُولَهُ»[١٠].

---

(١) في د: فالظاهر.	(٢) سقط في د.	(٣) في س: بالملك.
(٤) في س: بذلك.	(٥) في س: الوليمة.	(٦) في التنبيه: لزمه.
(٧) في س: الوليمة.
(٨) أخرجه البخاري (١٠/ ٣٠٠) كتاب النكاح، باب: حق إجابة الوليمة والدعوة، برقم (٥١٧٣)، ومسلم (٢/ ١٠٥٢)، كتاب النكاح، باب: الأمر بإجابة الداعي إلى دعوة برقم (٩٦/ ١٤٢٩)، من حديث ابن عمر–رضي الله عنهما–.
(٩) في س: ولم يجب عصى.
(١٠) أخرجه البخاري (١٠/ ٣٠٥) كتاب النكاح، باب: من ترك الدعوة فقد عصى الله ورسوله، برقم (٥١٧٧)، ومسلم (٢/ ١٠٥٥) كتاب النكاح، باب: الأمر بإجابة الداعي إلى دعوة، برقم (١١٠/ ١٤٣٢) واللفظ له.

قال: وقيل: هي فرض على الكفاية؛ لأن المقصود أن يظهر الحال، ويُشتهَر، وذلك حاصل بحضور البعض.

قال: وقيل: لا تجب[(١)] - [أي][(٢)]: بل تستحب - لأن الحضور للأكل، وهو محصل للملك و[(٣)] الإتلاف للمأكول، وذلك لا يجب على الإنسان، والخبر محمول على تأكيد الاستحباب وكراهية الترك.

واعلم أن ظاهر كلام الشيخ يقتضي أنه لا فرق بين وليمة النكاح وغيرها، وهو ما أشار إليه [الشيخ][(٤)] أبو حامد.

وفصل بعض الأصحاب فقال: أما وليمة العرس فإن قلنا بوجوبها، وجبت الإجابة إليها، [وهل الإجابة][(٥)] فرض عين أو فرض كفاية؟ فيه مثل الخلاف السابق.

وإن قلنا بعدم وجوبها، ففي الإجابة قولان.

وأما غيرها ففي الوجوب طريقان:

أحدهما: طرد القولين.

والثاني: القطع بعدم الوجوب، ولا خلاف على قول عدم الوجوب: أنه يتأكد الاستحباب؛ إذ عليه يحمل الحديث.

فروع:

أحدها: لو اعتذر المدعو إلى صاحب الوليمة، فرضي بتخلفه، سقط الوجوب إن قلنا به، وارتفعت [الكراهية في التخلف][(٦)] على القول الآخر.

الثاني: لو علم المدعو بقرينة الحال أنه لا يعز على الداعي امتناعه، ففي سقوط الوجوب تردد للأصحاب حكاه في الذخائر.

الثالث: لو دعاه اثنان فصاعدًا، أجاب الأسبق، فإن جاءا معًا، أجاب الأقرب رحمًا[(٧)]، ثم الأقرب دارًا؛ كما في الصدقة.

تنبيه: حيث قلنا بوجوب الإجابة، أو استحبابها فذاك عند وجود شرائط.

منها: أن يعم صاحب الدعوة الدعوة بأن يدعو جميع عشيرته، أو إخوانه، أو أهل حرفته: أغنياءهم وفقراءهم دون ما إذا خصص الأغنياء بالإحضار.

ومنها: أن يخصه بالدعوة بنفسه أو برسوله، فأما[(٨)] إذا فتح باب الدار، ونادى:

---

(١) في التنبيه: يجب.
(٢) سقط في س.
(٣) في د: أو.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: الكراهة بالتخلف.
(٧) في س: وجًا.
(٨) في س: أما.

ليحضر من يريد، أو بعث رسوله ليحضر من شاء - فلا تجب الإجابة، ولا تستحب.

ومنها: ألاَّ تكون دعوته لخوف منه، أو لطمع في جاهه، أو تعاونه على باطل، بل تكون للتقرب، وللتودد.

ومنها: ألا يكون قد دعا معه السفلة [والأرذال](١)، والمدعو له شرف وثروة على أظهر الوجهين، وبقية الشروط مذكورة في الباب.

قال: **ومن دعي في اليوم الثاني، استحب له [ألَّا يجيب]**(٢)، أي: ولا يكون كالاستحباب في [اليوم](٣) الأول إذا قلنا به، **ومن دعي في [اليوم](٤) الثالث فالأولى ألا يجيب**.

وجعله بعضهم مكروهًا؛ لقوله ﷺ: «الوَلِيمَةُ فِي اليَوْمِ الْأَوَّلِ حَقٌّ، وَفِي الثَّانِي مَعْرُوفٌ، وَفِي الثَّالِثِ رِيَاءٌ وَسُمْعَةٌ»(٥).

قال: **وإن دعي مسلم إلى وليمة كافر** - أي: ذمي **لم يلزمه الإجابة**، [أي](٦): ولا يكون الاستحباب في إجابة دعوته كالاستحباب في إجابة المسلم؛ لأن ذلك على طريق الكرامة والموالاة؛ فلم يلزم المسلم للكافر؛ كرد السلام(٧).

ولأنه قد يعاف طعامه، ولا يأمن فيه(٨) النجاسة كذا علله ابن الصباغ.

قال: **وقيل: يلزمه**؛ لعموم الخبر.

وقيل: إنه مكروه، والخبر محمول على المسلم.

ولو دعا مسلم ذميًّا، فلا يلزمه الإجابة قولاً واحدًا؛ قاله الجيلي(٩).

قال: **ومن(١٠) دعي وهو صائم صوم تطوع، استحب له أن يفطر**؛ لما روي

---

(١) سقط في س.

(٢) في التنبيه: أن يجيب.

(٣) سقط في س.

(٤) سقط في س.

(٥) أخرجه ابن ماجه (٣/ ٣٥٢) كتاب النكاح، باب: إجابة الداعي، رقم (١٩١٥)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
وأخرجه أبو داود (٢/ ٣٦٨) كتاب الأطعمة، باب: في كم يستحب الوليمة، رقم (٣٧٤٥)، والنسائي في الكبرى (٤/ ١٣٧)، كتاب الوليمة، باب: عدد أيام الوليمة، رقم (٦٥٩٦)، وأحمد (٥/ ٢٨)، والدارمي (٢/ ١٠٥)، عن عبد الله بن عثمان الثقفي عن رجل أعور من ثقيف كان يقال له معروفا أي يثني عليه خيرا، قال قتادة: إن لم يكن اسمه زهير بن عثمان فلا أدري ما اسمه.

(٦) سقط في س.

(٧) في س: الإسلام.

(٨) في د: معه.

(٩) في د: الحاوي.

(١٠) في د: إن.

أن النبي ﷺ حضر دار بعضهم، فلما قدم الطعام أمسك[١] بعضُ القوم، وقال: إني صائم، فقال ﷺ: «يَتَكَلَّفُ أَخُوكَ الْمُسْلِمُ، وَتَقُولُ: إِنِّي صَائِمٌ؟! أَفْطِرْ، ثُمَّ اقْضِ يَوْمًا مَكَانَهُ»[٢].

ولأنه يدخل السرور على من دعاه، ولا يجب ذلك، والحديث محمول على الاستحباب، ويدل عليه [ما روي][٣] أنه ﷺ قال: «إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ إِلَى طَعَامٍ فَلْيُجِبْ[٤]، فَإِنْ كَانَ مُفْطِرًا فَلْيَطْعَمْ وَإِنْ كَانَ صَائِمًا فَلْيُصَلِّ»[٥]، أي: فَلْيَدْعُ.

وقال مجلي: يحتمل أن تبنى هذه المسألة على أنه لو كان مفطرًا، هل يجب الأكل أم لا؟ فإن قلنا بعدم وجوبه، [فكذلك هاهنا،][٦] وإن قلنا بالوجوب، وجب عليه الإفطار، ويحمل قوله ﷺ: «[وَإِنْ][٧] كَانَ صَائِمًا فَلْيُصَلِّ»[٨] على الصوم[٩] المفروض، ولا فرق بين أن يكون عدم الأكل يشق[١٠] على الداعي أو لا.

وقال الخراسانيون: إن كان يثقل على الداعي ترك الأكل، أو ألح عليه في الإفطار، استحب له ذلك، وإلا لم[١١] يستحب[١٢].

---

(١) زاد في د: عن.

(٢) أخرجه الدارقطني (٢/ ١٧٧) كتاب الصيام: باب الشهادة على رؤية الهلال، حديث (٢٤)، والبيهقي (٧/ ٢٦٣-٢٦٤) كتاب الصداق: باب من استحب الفطر إن صومه غير واجب، وأعله الدار قطني بالإرسال.

(٣) سقط في س.

(٤) في س: فليجبه.

(٥) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٥٤) كتاب النكاح - باب: الأمر بإجابة الداعي إلى دعوة (١٠٦/ ١٤٣١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٦) في د: فلذلك هنا.

(٧) في س: فإن.

(٨) تقدم.

(٩) زاد في س: و.

(١٠) في د: يعز.

(١١) في س: فلا.

(١٢) قوله: ومن دعي وهو صائم بصوم تطوع، استحب له أن يفطر.
ثم قال: ولا فرق بين أن يشق عدم الأكل على الداعي أم لا.
وقال الخراسانيون: إن كان يثقل على الداعي ترك الأكل، أو ألح عليه في الإفطار، استحب له ذلك، وإلا لم يستحب. انتهى.
وما اقتضاه كلامه من التسوية بين أن يشق عليه أم لا في إثبات الخلاف مردود، فقد صرح النووي في التصحيح بعدم الخلاف في حالة المشقة، فقال: والصواب أن من دعي وهو صائم صومًا تطوعًا، ولا يشق على الداعي صيامه، فإتمام الصوم له أفضل، هذه عبارته. وما نقله ابن الرفعة في الإلحاح، لم يتعرض له في الرافعي والروضة. [أ و].

أما إذا كان صائمًا عن فرض، فإن كان الوقت ضيقًا، فلا يجوز له الفطر، وإن لم يكن: كالنذر المطلق وقضاء رمضان، فإن لم نجوّز له الخروج منه - وهو المذهب في التتمة - فهو كالمضيق.

وإن جوزنا الخروج منه، فقد قيل: هو[١] كصوم النفل.

وعن القاضي الحسين: أنه يكره الخروج منه.

قال: **وإن كان مفطرًا، لزمه الأكل**، وأقله لقمة؛ لقوله ﷺ: «فَلْيَطْعَمْ»[٢]، ولأن المقصود من الدعوة التناول، وترك الأكل يورث[٣] الوحشة.

وقيل: **لا يلزمه**، وهو الأصح؛ لما روى [جابر][٤] أن النبي ﷺ قال: «إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ إِلَى طَعَامٍ فَلْيُجِبْ، فَإِنْ شَاءَ طَعِمَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ»[٥]، وعلى هذا يكون مستحبًّا؛ وهذا في وليمة العرس.

ولفظ صاحب التتمة يقتضي تعميم الوجهين في جميع الضيافات، وهو منقاس على أصل من يوجب الإجابة فيها.

فرع: هل يملك المضيف ما يأكله؟ قال القفال: لا، بل هو إتلاف بإباحة المالك، وللمالك أن يرجع ما لم يأكل؛ وهذا ما اختاره ابن الصباغ عند الكلام في كفارة الظهار، وضعف ما عداه، وقال الإمام في كتاب الغصب: إنه ظاهر المذهب، وقبيل [كتاب][٦] الإجارة: إنه الأصح[٧].

وقال أكثرهم: يملك، وبم يملك؟ فيه وجوه:

قيل: بالوضع بين يديه.

وقيل: بالأخذ.

وقيل: بوضعه في الفم[٨].

وقيل: [عند المضغ][٩].

وقيل: بالازدراد يتبين حصول الملك قبيله.

---

(١) في س: هي.
(٢) تقدم.
(٣) في س: يوجب.
(٤) سقط في س.
(٥) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٥٤) كتاب النكاح، باب: الأمر بإجابة الداعي إلى دعوة برقم (١٠٥/ ١٤٣٠) من حديث جابر رضي الله عنه.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: لا يصح.
(٨) في س: فيه.
(٩) في س: بالمضغ.

وزيف المتولي ما سوى الوجه الأخير.

والمذكور في الشامل ما عدا الأول والرابع؛ كما حكاه في الظهار .

وعلى الوجوه[١] ينبني التمكن من الرجوع، وليس له أن يعطيه غيره، ولا أن ينقله وإن قلنا: [يملك][٢] .

[وحكى ابن الصباغ في الظهار عن القاضي أبي الطيب: أنا إذا قلنا: إنه][٣] يملكه بالتناول، كان له التصرف فيه بغير الأكل؛ لأنه قد ملكه بالإذن والقبض[٤] ، وكذلك عن الشيخ أبي حامد.

ولا يحتاج الضيف في الأكل بعد تقديم الطعام إلى لفظ إلا إذا كان ينتظر حضور غيره؛ فلا يأكل إلى أن يحضر، أو يأذن المضيف لفظًا.

وفي الوسيط وجه: أنه لا بد من لفظ.

وفي التتمة: أن تقديم الطعام إنما يكفي إذا كان قد دعاه إلى بيته، فأما إذا لم تسبق الدعوة، فلا بد من الإذن لفظًا إلا إذا جعلنا المعاطاة بيعًا.

قال: **وإن دعي إلى موضع فيه معاصٍ من زمر، أو خمر، ولم يقدر على إزالتها**[٥] ، **فالأولى ألَّا يحضر، فإن حضر، فالأولى أن ينصرف**؛ كي لا يشاهد المنكر، وربما تدعوه نفسه إلى تعاطي ذلك.

قال: **فإن [قعد واشتغل]**[٦] **بالحديث والأكل جاز** - أي: مع إنكاره بقلبه - كما لو كان يضرب[٧] المنكر في جواره، فإنه لا يلزمه التحول، وإن كان يبلغه الضرب؛ وهذا ما أشار إليه الشيخ أبو حامد حكاية عن المذهب، ولم يحكِ سواه على ما حكاه مجلي عن تعليق البندنيجي.

وفي طريقة المراوزة: أنه لا يجوز الحضور فضلاً عن القعود، [وهو الصحيح][٨] ، وإليه ذهب القاضيان: ابن كج، والروياني، وجزم به في التتمة.

ووجهه [ما روي][٩] أنه - ﷺ - قال: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلَا

(١) في س: الرجوع.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: بالقبض.
(٥) في س: إزالته.
(٦) في د: فعل ولم يشتغل.
(٧) في س: تصرف.
(٨) سقط في س.
(٩) سقط في س.

يَقْعُدْ عَلَى مَائِدَةٍ تُدَارُ عَلَيْهَا الخَمْرُ»[١].

ولأنه كالراضي بالمنكر، والمقر له.

نعم: إن لم يعلم بذلك، فدخل؛ فلينههم، فإن لم ينتهوا؛ فليخرج إن أمكنه، فإن لم يمكنه كما في الليل مع الخوف؛ فليقعد[٢] كارهًا، ولا يستمع.

أما إذا كان حضوره يدفع المنكر، فليحضر؛ إجابة للدعوة، وإزالة[٣] للمنكر.

فرع: لو كان في الموضع نبيذ فلا ينكر، قال: [القاضي][٤] ابن كج: لأنه في موضع الاجتهاد، والأولى أن يكون الحضور في حق من يعتقد التحريم؛ كما في المنكر المجمع على تحريمه.

وقيل بخلافه؛ كذا قاله الرافعي.

قال: وإن حضر في موضع فيه صورة[٥] حيوان، فإن كان على بساط يداس أو مخاد توطأ - أي: صغار يُتَّكأ [عليها][٦] - **جلس.**

قال الرافعي: وليكن في معناها الخوان والقصعة، وإن كانت[٧] على الحائط أو ستر معلق، لم يجلس؛ وكذا على السقوف، والثياب الملبوسة، والوسائد الكبار المنصوبة؛ لما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قدم من سفر[٨]، وقد سترت[٩] على صفة لها سترًا فيه[١٠] الخيل ذوات الأجنحة، فأمر بنزعها، وقطعنا منها وسادة أو وسادتين، وكان رسول الله ﷺ يرتفق بهما[١١]»[١٢].

---

(١) أخرجه الترمذي (٤/ ٤٩٦، ٤٩٧) كتاب الأدب، باب: ما جاء في دخول الحمام، برقم (٢٨٠١)، والنسائي في الكبرى (٤/ ١٧١) كتاب آداب الأكل، باب: النهي عن الجلوس على مائدة يدار عليها الخمر، رقم (٦٧٤١)، وأحمد (٣/ ٣٣٩)، والدارمي (٢/ ١١٢)، وأبو يعلى برقم (١٩٢٥)، والطبراني في الكبير (١١/ ١٩١)، برقم (١١٤٦٢)، وفي الأوسط (٨/ ١٤١)، برقم (٨٢١٤)، والحاكم (٤/ ٢٨٨)، والسهمي في تاريخ جرجان ص (١٩٢)، والخطيب في تاريخ بغداد (١/ ٢٤٤)، من حديث جابر رضي الله عنه.

(٢) في س: فيقعد.

(٣) في س: إخافة.

(٤) سقط في س.

(٥) في س: صور.

(٦) سقط في س.

(٧) في س: كان.

(٨) في س: سفره.

(٩) في س: سرب.

(١٠) في س: فيها.

(١١) في س: فيهما.

(١٢) ذكره الحافظ في تلخيص الحبير (٣/ ٣٩٨)، برقم (١٦٩٥)، وأخرجه البخاري بمعناه (١١/ ٥٨٦)، كتاب اللباس، باب: ما وطئ من التصاوير رقم (٥٩٥٤).

وأخرج الجزء الأول منه مسلم (٣/ ١٦٦٧)، كتاب اللباس والزينة، باب: تحريم تصوير صورة =

ولا فرق في ذلك بين أن يكون ذلك للزينة أو للانتفاع.

وحكي عن الشيخ أبي حامد: أنها إن استعملت للزينة، حرم، وإن كان للانتفاع لم يحرم.

وقال بعض الأصحاب: التحريم مخصوص [بصورة الحيوان المألوفة][١]، أما إذا لم يشاهد مثله: كصورة إنسان له جناح طائر، فلا يحرم.

وقال بعضهم: إن التحريم ثابت إذا كانت[٢] صورة الحيوان بارزة، أما إذا لم تكن بارزة، فلا يحرم؛ حكاه الجيلي.

ولو كانت صورة الحيوانات مقطوعة الرءوس، فلا بأس على الظاهر.

وفي التتمة التسوية بينها وبين غيرها.

وقال الإصطخري: تحريم اتخاذ صورة[٣] الحيوان كان في ابتداء الإسلام؛ قطعًا لهم عن عبادتها.

وفيما علق عن الإمام الإشارة إلى تخصيص المنع بالسقوف والجدر، ويرخص فيما على الستور والوسائد المنصوبة.

والظاهر الأول.

والمعنى: أن ما يوطأ ويطرح مهان مبتذل، والمنصوب يشابه الأصنام.

ولو كانت الصور في الممر دون موضع الجلوس، فلا بأس بالدخول والجلوس، وهل[٤] المنع من الجلوس - حيث قلنا به - منعُ تحريمٍ أو[٥] كراهةٍ؟ فيه وجهان:

أحدهما - وبه كان يجيب[٦] الشيخ أبو محمد-: الأول، ونظم الغزالي في الوجيز يقتضي ترجيحه، وادعى في الذخائر: أنه الذي عليه الأكثرون، وهو ظاهر النص.

والثاني: الكراهة، ويحكى عن صاحب التقريب والصيدلاني، ورجحه الإمام والغزالي في الوسيط، وهو ما جزم به في التتمة، وبه قال ابن الصباغ؛ لأنه ليس

= الحيوان، وتحريم اتخاذ ما فيه... رقم (٩٠/ ٢١٠٦)، والجزء الثاني منه برقم (٩٥/ ٢١٠٦).

(١) في س: بصور الحيوان المأكولة.

(٢) في س: كان. (٣) في س: صور. (٤) في س: هذا.

(٥) زاد في س: موضع. (٦) في س: يخبر.

بأكثر من المنكر: كالخمر، والملاهي.

أما إذا كان المتخذ صور أشجار، أو الشمس، أو القمر - فلا بأس بالحضور.

وفي شرح الجويني وجه: أن [صور][1] الأشجار مكروهة؛ لأن منهم من يعبد الأشجار.

فروع:

إذا دعاه من أكثر ماله حرام، كرهت إجابته، والمرأة إذا دعت النساء، فالحكم كما ذكرنا في الرجال، وإن دعت رجالاً أو رجلاً فتجاب إذا لم تكن خلوة محرمة.

وتصوير الحيوان على الأرض والفرش هل يجوز؟ فيه وجهان:

أحدهما: التحريم؛ لأنه ﷺ لعن المصور[2]؛ كما رواه البخاري في حديث جحيفة، وبالقياس على التصوير على السقوف.

والثاني: الجواز؛ لأنه ينتفع بها.

فعلى الأول: لو استؤجر على ذلك، لم يستحق الأجرة.

وفي الجيلي عن الحاوي: أن للمرأة [خيار][3] فسخ النكاح؛ إذا كان كسب زوجها من الصور، والله أعلم.

---

(١) سقط في س.

(٢) أخرجه البخاري (٥/ ١٧٩) كتاب البيوع، باب: ثمن الكلب رقم (٢٢٣٨).

(٣) سقط في س.

باب عشرة النساء والقسم والنشوز

المعاشرة، والتعاشر: المخالطة، والعشرة: الاسم منه، والعشير: المخالط.

والقَسم: بفتح القاف، [وسكون السين، مصدر: قسمت الشيء أقسمه قسمًا، والقِسم: بكسر القاف](١): النصيب، وبفتح القاف والسين معًا: اليمين، والمراد هنا الأول؛ لأن الزوج يقسم الزمن الذي جرت العادة فيه بالسكون إلى الزوجة بين سائر نسائه.

والنشوز، [والنشز: من](٢) الارتفاع، ونشزت المرأة، ونشصت، ونشز الرجل ونشص؛ إذا ارتفع على صاحبه، وخرج عن حسن(٣) المعاشرة؛ ذكره الأزهري، وقال: هو مأخوذ من النشز، وهو المرتفع من الأرض، يقال بفتح الشين وإسكانها.

قال: **يجب على كل واحد من الزوجين معاشرة صاحبه بالمعروف، وبذل ما يجب عليه من غير مطل ولا إظهار كراهة**، أي: بل يؤديه وهو طلق الوجه.

والمطل: مدافعة الحق مع القدرة على التأدية.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وأراد تماثلهما في وجوب الأداء، [لا أن](٤) الحقين متماثلان في الكيفية والصفة.

وقال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩]، وفسره الشافعي، فقال: وجماع المعروف بين الزوجين: الكف عن المكروه، وإعفاء صاحب الحق عن(٥) المؤنة في طلبه، من غير إظهار كراهية(٦) في تأديته؛ فإنها مطل، ومطل الغني ظلم.

ولتعلم أن عقد النكاح عقد معاوضة، تملك به المرأة المهر، وتستحق بسببه(٧) النفقة والكسوة، وغير ذلك مما يذكر في هذا الباب، وفي «النفقات»: وللزوج(٨) استباحة البضع على التأبيد واللزوم - ما لم يطرأ عليه قاطع - ولزوم مسكنه، وغير ذلك [مما ذكر](٩) بعضه في كتاب «النفقات»، وبعضه في هذا الباب، وإلى

---

(١) سقط في س.
(٢) بياض في س.
(٣) في س: جنس.
(٤) في س: لأن.
(٥) في س: من.
(٦) في س: كراهة.
(٧) في س: به.
(٨) في س: للمتزوج.
(٩) في د: فاذكر.

ذلك وقعت الإشارة بقول الشيخ: «وبذل ما يجب عليه من غير مطل ولا إظهار كراهة».

قال: ولا يجوز أن يجمع بين امرأتين في مسكن واحد؛ لأن اجتماعهن في مسكن واحد مع تأكد الوحشة بينهن يولد[1] كثرة المخاصمة والخروج عن الطاعة، وليس ذلك بالمعاشرة بالمعروف.

ولأن كل واحدة منهما قد استحقت السكنى؛ فلا يلزمها الاشتراك فيها، كما لا يلزمها في كسوة واحدة يتناوبانها، وهذا إذا لم تنفصل المرافق، أما إذا انفصلت المرافق، وكان ذلك يليق بالحال فيجوز؛ لأنه كالمسكنين.

قال: إلا برضاهما؛ لأن الحق لهما، ولا يعدوهما.

قال: ويكره أن يطأ إحداهما بحضرة الأخرى - [أي][2]: إذا رضيتا بالبيت الواحد - لأنه دناءة، وسوء عشرة.

وأيضا: فإنها ربما تنكشف، فتظهر عورتها لصاحبتها.

فلو طلب الزوج ذلك، وامتنعت لا يلزمها الإجابة، ولا تصير ناشزة بالامتناع.

قال: وله أن يمنع زوجته من الخروج من منزله؛ لقوله ﷺ: «حَقُّ الزَّوْجِ عَلَى زَوْجَتِهِ: أَلَّا تَخْرُجَ مِنْ بَيْتِهَا إِلَّا بِإِذْنِهِ»[3]، وادعى الإمام فيه الإجماع؛ وهذا إذا كانت مواصلة بالنفقة، فلو كان الزوج معسرًا بالنفقة، فإن لم نثبت لها حق الفسخ، فليس له منعها من الخروج؛ للتكسب، وكذا لو كانت مستغنية[4] عن التكسب على الأصح.

وإن أثبتنا لها حق الفسخ، قال في المهذب: فإذا لم تفسخ، واختارت [المقام][5]؛ فلها أن تخرج من منزله.

وقال غيره: لها الخروج في مدة الإمهال؛ لتحصيل النفقة، وليس له منعها على الأصح.

فلو كانت تقدر على التكسب[6] في المنزل، أو مستغنية عنه، فهل له منعها؟ فيه وجهان:

---

(١) في س: يؤكد. (٢) سقط في س.

(٣) أخرجه الطبراني في الكبير (٢/ ٥٢) رقم (١٢٥٨)، عن تميم الداري، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٢٩٢) عن ابن عمر- رضي الله عنهما-.

(٤) في س: مستجنية. (٥) سقط في س. (٦) في س: الكسب.

والأصح: أنه ليس له [١] [منعها] [٢]، نعم عليها أن ترجع بالليل إلى منزل الزوج؛ لأنه وقت الدعة [٣]؛ كذا قاله الروياني في «البحر».

وله - أيضًا - أن يمنع أبويها من الدخول إليها، لكن الأولى ألَّا يفعل؛ نص عليه الغزالي وغيره في كتاب النفقات، وألحق بالوالد الولد في ذلك.

قال: **فإن مات لها قريب، استحب له أن يأذن لها في الخروج**؛ لأن منعها يؤدي إلى النفور [٤].

قال: **ولا يجب عليه أن يقسم لنسائه** - أي: ابتداء؛ لأن المبيت [٥] حقه، فجاز له تركه؛ كسكنى الدار المستأجرة.

ولأن في داعية الطبع ما يغني عن إيجابه، نعم: يستحب له القسم وألا يعطلهن [٦]؛ لأن فيه إضرارًا بهن، وقد يفضي إلى الجور.

وقال الإمام: ولست أبعد [إطلاق] [٧] لفظ الكراهة في التعطيل.

وفي الرافعي [٨] حكاية وجه: أنه ليس له الإعراض عنهن.

أما إذا أراد أن [يبيت عند واحدة] [٩]، وجب عليه القسم.

ولو لم يكن له إلَّا زوجة واحدة، فيستحب [له] [١٠] أن يبيت عندها؛ لما ذكرناه [١١]، وأدناه ألا يخلي كل أربع ليال عن ليلة.

قال: **فإن أراد القسم، لم يبدأ بواحدة منهن إلا بالقرعة** [١٢] أو بإذن الباقيات؛ لأنه أعدل وأسلم عن الميل المنهي عنه.

وفيه وجه: أن له أن يبدأ بمن شاء [منهن] [١٣].

وقال في التتمة: إنه مكروه، وإنه لو أراد أن يقدم غير من خرجت عليها القرعة، لم يجز.

وعلى الأول - وهو الأصح-: إذا بدأ بواحدة بالقرعة، وهن أربع، فإذا وفَّى نوبتها، أقرع بين الباقيات، ثم يقرع [بين] [١٤] الأخريين، فإذا تمت النوبة [١٥]،

---

(١) في س: لها.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: الفرعة.
(٤) في د: التضرر.
(٥) في د: المنع.
(٦) في د: يعظهن.
(٧) سقط في د.
(٨) في س: الجيلي.
(٩) في س: تبيت عنده واحدة.
(١٠) سقط في د.
(١١) في د: قلناه.
(١٢) في س: يقرعه.
(١٣) سقط في س.
(١٤) سقط في س.
(١٥) في س: الزوجة.

ورغب الزوج في استمرار القسم يراعي الترتيب، ولا حاجة إلى إعادة القرعة.

ولو بدأ بواحدة بغير قرعة، فقد ظلم، ويقرع بين الثلاث الباقيات، فإذا تمت النوبة لا يعود إلى التي بدأ بها ظلمًا، بل يقرع، وكأنه ابتداء القسم.

قال: **ويقسم للحائض والنفساء والمريضة والرتقاء**، وكذا المجنونة التي [لا][(١)] يخاف منها، والمحرمة، والتي آلى عنها، أو ظاهر.

قال الغزالي: وكل من بها عذر طبعي أو شرعي؛ لأن هذه المعاني إنما تمنع الوطء، والمقصود من القسم الأنس والسكن، والتحرز عن التخصيص الموحش، وذلك يحصل لهؤلاء.

أما إذا خيف من المجنونة، فلا قسم لها.

وفي التتمة: أن المعتدة عن وطء الشبهة لا قسم لها؛ لأنه لا يجوز له الخلوة [معها][(٢)]؛ وهذا يقع مستثنى من كلام الغزالي.

فرع: لو كان له امرأتان ببلدين، كان عليه أن يقسم لهما، إما بأن يحضرهما إليه، أو يمشي إليهما.

قال: **ويقسم للحرة ليلتين** [وللأمة ليلة][(٣)]- أي: مسلمة كانت أو كتابية - وللأمة ليلة - أي: سواء كان الزوج عبدًا أو حرًّا - ويتصور فيما إذا نكح أمة عند وجود شرائطه، ثم نكح حرة، أو كان عبدًا، ثم عتق، لما روي أن النبي ﷺ قال: «لَا تُنْكَحُ الْأَمَةُ عَلَى الْحُرَّةِ، وَلِلْحُرَّةِ ثُلُثَا الْقَسْمِ»[(٤)]، وهذا الحديث وإن كان مرسلاً فيؤيده ما روي عن علي - كرم الله وجهه - أنه قال: «إِذَا نُكِحَتِ الْحُرَّةُ عَلَى الأَمَةِ، [فَلِهَذِهِ الثُّلُثَانِ، وَلِهَذِهِ الثُّلُثُ»، وهذا إذا استحقت الأَمَةُ النفقة؛ إما بأن][(٥)] يسلمها السيد ليلاً ونهارًا، أو يسلمها ليلاً، وقلنا باستحقاقها النفقة.

أما إذا قلنا بعدم الاستحقاق عند وجود التسليم في الليل خاصة، فلا [قسم لها على ما ذكره القاضي ابن كج، والشيخ أبو حامد، وغيرهما.

قال الرافعي:][(٦)] وفي نص الشافعي إشارة إليه.

واعلم أن أقل القسم أن يقسم ليلة ليلة، فلا يجوز تبعيض الليلة.

---

(١) سقط في س. (٢) سقط في س. (٣) سقط في د.

(٤) أخرجه عبد الرزاق (٧/ ٢٦٥) برقم (١٣٠٨٨) عن عطاء بنحوه.

(٥) سقط في س. (٦) سقط في س.

وفيه وجه: أنه يجوز.

وحكى الإمام وجهًا فارقًا بين أن يقسم لكل واحدة بعض ليلة فلا يجوز، وبين أن يقسم ليلة وبعض ليلة فيجوز؛ لحصول الأنس إذا انضم البعض إلى الليلة الكاملة.

والظاهر الأول.

والأولى ألاَّ يزيد على ليلة واحدة؛ اقتداء برسول الله ﷺ، فلو قسم ليلتين ليلتين، أو ثلاثًا ثلاثًا، جاز.

وفيه وجه: أنه لا تجوز الزيادة على الليلة إلا برضاهن، وهل تجوز الزيادة على الثلاث؟ فيه قولان[(١)]:

أصحهما: أنه لا يجوز.

والثاني: يجوز إذا رضين.

وإذا قلنا بالجواز فكم يجوز؟ قال صاحب التقريب: يجوز أن يقسم سبعًا [سبعًا][(٢)]، وقال الشيخ أبو محمد وغيره: يجوز أن يزيد ما لم يبلغ مدة التربص[(٣)] في الإيلاء.

وإذا فهم مجموع ذلك، علم أن قول الشيخ - رضي الله عنه -: «ويقسم للحرة ليلتين، وللأمة ليلة» للحصر على الصحيح؛ إذ الزيادة على ذلك تفضي[(٤)] إلى الزيادة على الثلاث أو تبعيض الليلة[(٥)]، وذلك لا يجوز على الصحيح، والنقصان [عنه يفضي إلى تبعيض الليلة][(٦)]، وذلك لا يجوز على الصحيح.

قال: **ولا يجب عليه إذا قسم أن يطأ**؛ لأنه يتعلق بالنشاط والشهوة، وهي لا تتأتى في كل وقت.

ولأنها غير داخلة تحت القدرة، وقد قال رسول الله ﷺ: «اللَّهُمَّ هَذَا قَسْمِي فِيمَا أَمْلِكُ، فَلَا تُؤَاخِذْنِي فِيمَا لَا أَمْلِكُ»[(٧)].

---

(١) في س: وجهان. (٢) سقط في س. (٣) في د: المتربص.

(٤) في س: تقتضي. (٥) في س: الليل.

(٦) في س: منه يقضي إلى بعض الليلة.

(٧) أخرجه أبو داود (٢/ ٦٠١) كتاب النكاح، باب: القسم بين النساء، الحديث (٢١٣٤)، والترمذي (٣/ ٤٤٦) كتاب النكاح، باب: التسوية بين الضرائر، الحديث (١١٤٠)، والنسائي (٧/ ٦٤) كتاب عشرة النساء، باب: ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض، وابن ماجه (١/ ٦٣٣) كتاب =

نعم: لو لم يكن قد دخل بهن، فهل يطالب لكل واحدة بوطأة؟ فيه الخلاف السابق.

قال: غير أن المستحب أن يسوي بينهن في ذلك، أي: إذا أمكنه؛ وكذا في سائر الاستمتاعات؛ لأنه أكمل في العدل.

قال: وإن سافرت المرأة بغير إذنه - أي: في حاجتها، أو في حاجته[١] - سقط حقها من[٢] القسم؛ لنشوزها؛ كما تسقط نفقتها، وكذلك إذا خرجت إلى دار قومها بغير إذنه، ويستثنى من ذلك ما إذا كانت الزوجة أمة، فسافر بها السيد بعد أن بات عند الحرة ليلتين، فإنه لا يسقط حق الأمة من القسم، بل على الزوج قضاء ما فات عند التمكن[٣]؛ لأن الفوات حصل بغير اختيارها؛ كذا حكاه في التتمة.

قال: وإن سافرت بإذنه - أي: في حاجتها - سقط حقها من القسم في أحد القولين، وهو الجديد؛ لأن القسم للأنس، وقد عدم؛ فسقط ما يتعلق به، وإن لم تكن مَأْثُومة؛ [كالثمن][٤] لما وجب في مقابلة المبيع، سقط بعدمه وإن كان معذورًا في العدم.

ولا يسقط في الآخر؛ لأنها سافرت بإذنه، فأشبه ما إذا سافرت معه، وما إذا سافرت بإذنه في حاجته، وحكم النفقة حكم القسم.

قال: وإن امتنعت من السفر مع الزوج، سقط حقها من القسم؛ لنشوزها.

قال: وإن أراد أن يسافر[٥] **بامرأة، لم يجز إلا بقرعة**؛ لما روت عائشة-رضي الله عنها-: « أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ كَانَ إِذَا أَرَادَ سَفَرًا أَقْرَعَ بَيْنَ نِسَائِهِ، فَأَيَّتُهُنَّ خَرَجَ سَهْمُهَا [خَرَجَ بِهَا][٦]»[٧]. وأشار الحناطي إلى خلاف في [أن][٨] ذلك

= النكاح، باب: القسمة بين النساء، الحديث (١٩٧١)، وابن أبي شيبة (٤/ ٣٨٦ - ٣٨٧)، وابن حبان (١٣٠٥ - موارد)، والحاكم (٢/ ١٨٧) كتاب النكاح، باب: التشديد في العدل بين النساء، والبيهقي (٧/ ٢٩٨) كتاب القسم والنشوز، باب: لن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء. من حديث عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ يقسم فيعدل ويقول: «اللهم هذا قسمى فيما أملك، فلا تلمنى فيما تملك ولا أملك».

وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه. ووافقه الذهبي.

(١) في س: حاجتها. (٢) في د: في. (٣) في س: التمكين.

(٤) سقط في س. (٥) زاد في س: بها. (٦) سقط في س.

(٧) أخرجه البخاري (٥/ ٥٣٤) كتاب الهبة، باب: هبة المرأة لغير زوجها الحديث (٢٥٩٣)، ومسلم (٤/ ٢١٣٠) كتاب التوبة، باب: في حديث الإفك الحديث (٥٦/ ٢٧٧٠)، من حديث أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها.

(٨) سقط في س.

مخصوص بما إذا كان يقسم لهن أو مطلق، والظاهر الإطلاق.

قال: فإن سافر بواحدة بغير قرعه، قضى؛ لأنه خص بعض نسائه بمدة[1] على وجه تلحقه فيه التهمة؛ فلزمه القضاء؛ كما لو كان حاضرًا.

[ثم في المدة الواجب][2] قضاؤها وجهان:

أظهرهما: أنه يقضي ما بين إنشاء السفر إلى أن يرجع إليهن.

والثاني: أنه يستثني مدة الرجوع؛ لأنه خروج عن المعصية.

وفيه وجه: أنه لا يقضي من وقت العزم على الرجوع، وإن لم ينهض بعد.

والوجهان الأخيران حكاهما الرافعي.

و لا فرق [بين][3] أن يبيت عندها أو لا يبيت، إلا إذا تركها في بلدة، وفارقها؛ قاله البغوي في فتاويه.

قال الرافعي: ويحتمل أن يقال: لا يقضي إلا ما بات عندها.

ويحتمل أن يقال: يقضي وإن خلفها في بلدة.

قال: وإن سافر بالقرعة - أي: غير سفر النُّقْلة - لم يقض، [أي:][4] مدة الذهاب والرجوع والمقام في البلد الذي سافر [بها][5] إليها إذا لم ينو المقام بها مدة تزيد على مدة المسافرين، ولا امتد مقامه، وسواء كان السفر مما تقصر[6] فيه الصلاة أو لا؛ لأنه ﷺ سافر بعائشة، ولم ينقل عنه أنه كان إذا عاد يقضي، بل ظهر أنه كان إذا عاد يدور على النوبة.

وحكى أبو الفرج الزاز: أنه روي عن عائشة أنه ما كان يقضي.

ولأن المصاحبة في السفر قد تحملت مشاق بإزاء [ما][7] حصل لها من مقام الزوج، والمقيمة لم تتحمل مثل ذلك، ولم يوجد من الرجل قصد الميل إليها حتى يصير مفرطًا، فلو أوجبنا القضاء للباقيات، كان حظهن[8] أوفر، وفي ذلك إثبات تفاوت بينهن، [والشرع أمر بالتسوية][9].

أما إذا وصل إلى مقصده، فعزم على المقام، وأقام مدة، أو أقام أربعة أيام من

---

(١) في س: بهذه.
(٢) في س: أو في المدة التي يجب.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في د.
(٦) في د: تقتضي.
(٧) سقط في س.
(٨) في س: حظه.
(٩) في س: والمسوغ أمر للتسوية.

غير عزم على الإقامة - قضى مدة مقامه.

ومن أصحابنا من قال: لا يقضي، [وجعله الفوراني المذهب، والآخر وجهًا.

فإن قلنا: يقضي][(١)] فلو أقام يومًا واحدًا، فظاهر النص: أنه يقضي.

وقال الغزالي: [إنه][(٢)] لا قضاء عليه؛ لأن هذا تابع للسفر، فلو زادت [مدة][(٣)] إقامته على يوم واحد، ففي كلام الإمام ما يفهم وجوب القضاء.

قال الرافعي: والأقرب ما أورده صاحب التهذيب.

قال: ولو حمل بعضهن بالقرعة، وزاد مقامه على مقام المسافرين، يجب عليه أن يقضي ما زاد على مقام المسافرين؛ هذا آخر كلامه.

ولو أقام في البلد مدة على تنجيز حاجة، ولم يعزم على الإقامة، ففي [وجوب][(٤)] القضاء خلاف كما في الترخص.

قال المتولي: فإن قلنا: لا يترخص، قضى ما زاد على مدة المسافرين، وإذا عاد إلى أهله، فهل يقضي مدة العود؟ فيه وجهان:

أشبههما عند الرافعي: أنه لا يقضي.

وفي «التتمة»: أنه إن كان مقيمًا على عزم السفر، إلا أنه لم ينجز حاجته، فلا يلزمه القضاء، وإن عزم على مقام مدة فوجهان.

قال: وقيل: إن كان إلى مسافة لا تقصر فيها الصلاة، قضى؛ لأنه في حكم الحضر، وليس للمقيم أن [يخص][(٥)] بعضهن بالصحبة؛ ولأن المشقة فيه لا تعظم؛ وهذا ما أجاب به الغزالي.

والأول أصح عند صاحب التهذيب، والمتولي، وغيرهما، وجعله الغزالي احتمالاً للشيخ أبي محمد.

وعلله في التتمة بأن السفر الطويل والقصير سواء في تعذر القسم بين النساء بسببه؛ فسوينا بينهن[(٦)] في سقوط القضاء.

فرع: إذا سافر بامرأة بقرعة إلى بلد، ثم عنَّ له السفر إلى بلد أبعد منه، لم يلزمه القضاء؛ لأنه سفر واحد، وقد أقرع.

فرع: لو استصحب واحدة بالقرعة، ثم عزم على الإقامة في بلد، وكتب إلى

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في س.
(٦) في د: بينهما.

الباقيات؛ يستحضرهن - ففي وجوب القضاء من وقت ما كتب إليهن وجهان محكيان في التهذيب.

قال: وإن أراد الانتقال من بلد إلى بلد، فسافر بواحدة، وبعث البواقي مع غيره، فقد قيل: يقضي لهن، وهو الأظهر، وبه قال أبو إسحاق؛ لأنه لا بد من المسافرة بهن؛ فيكون تخصيص واحدة منهن، بأن تكون معه، كتخصيص واحدة بالمقام عندها في الحضر.

قال: وقيل: لا يقضي إذا كان السفر بالقرعة لغير سفر النقلة.

ولو سافر بواحدة، وأخذ في الرجوع إلى الباقيات، ففي قضاء مدة الرجوع الوجهان السابقان.

فرع: لا يجوز للرجل أن يسافر سفر نقلة، ويخلف نساءه، بل ينقلهن بنفسه، أو بوكيله، أو يطلقهن؛ لما في التخلف من الإضرار.

وفيما علق عن الإمام أن ذلك أدب، وليس بأمر لازم.

قال: ومن وهبت حقها من القسم لبعض ضرائرها برضا الزوج، جاز(١).

الضرة(٢): امرأة زوجها؛ لأنها تتضرر بها، [و](٣) قيل: من المضارة؛ لأنهما يتضاران.

وإنما صحت هذه الهبة(٤)؛ لما روي أن رسول الله ﷺ «هَمَّ بِطَلَاقِ سَوْدَةَ؛ فَقَالَتْ: لا تُطَلِّقْنِي، وَدَعْنِي حَتَّى يَحْشُرَنِي اللهُ فِي نِسَائِكَ، وَقَدْ وَهَبْتُ يَوْمِي وَلَيْلَتِي لِعَائِشَةَ»(٥)، وكان رسول الله ﷺ يبيت ليلتها عند عائشة؛ وهذا مما اتفق عليه العلماء.

وفي النهاية أنه ﷺ طلق سودة، فقالت: راجعني؛ وقد وهبت ليلتي لعائشة؛ فراجعها(٦).

ولا يشترط في هذه الهبة رضا الموهوب لها وقبولها، بل يكفي قبول الزوج،

---

(١) في د: فإن.
(٢) في س: للضرة.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: المسألة.
(٥) أخرجه الطيالسي برقم (٢٦٨٣)، والترمذي (٥/ ١٣٤) كتاب التفسير، رقم (٣٠٤٠)، والطبراني في الكبير (١١/ ٢٨٤)، رقم (١١٧٤٦)، وابن جرير (٤/ ٣٠٨، ٣٠٩)، رقم (١٠٦١٣)، والبيهقي (٧/ ٢٩٧)، وذكره السيوطي في الدر (٢/ ٤١٠)، وزاد نسبته إلى ابن المنذر عن ابن عباس.
(٦) في د: فارجعها.

فلو أبت، كان للزوج أن يبيت عندها رغمًا.

وحكى الحناطي وجهًا[(١)] في اشتراط رضاها، وهو ما جزم به في التتمة.

ولا يجوز للزوج [أن يجعل الليلة][(٢)] لغير الموهوب لها، ويقول: أنت أسقطت حقك، فأنا[(٣)] أصرف الليلة إلى من شئت؛ لأن هذه هبة بشرط؛ فيجب فيه الاتباع، وكذلك فعلت سودة.

فإن قيل: هذه الهبة ليست هبة على الحقيقة، وإنما هي إسقاط حق لها على الزوج، تركته لمعينة؛ فكان يتجه ألاَّ يختص بها، ويكون لجميع الزوجات؛ كما لو أسقط أحد الشركاء شفعته[(٤)] وجعلها لشريك آخر؛ فإنها تسقط، وتثبت لجميع الشركاء[(٥)]؛ هكذا أورده مجلي.

قلت: وحديث سودة واقعة حال يتطرق إليها احتمال: أن بقية أزواجه ﷺ رضين بذلك، فيسقط الاستدلال[(٦)] [به.

وأجيب: بأن ضرر الشفعة لا يتبعض؛ فلذلك ثبت حق الأخذ][(٧)] [للباقين][(٨)]، وهنا كل واحدة منهن متميزة عن الأخرى؛ فصح التخصيص بها؛ إذ لا ضرر على الباقيات؛ وهذا كما نقول في المتحجر إذا نقل ما تحجره إلى غيره: كان أحق به ممن سواه؛ لما ذكرناه من عدم الضرر[(٩)]، بخلاف الشفعة.

أما إذا لم يرض[(١٠)] الزوج، وأراد أن يبيت عند الواهبة، فله ذلك؛ لأنها لا تملك إسقاط حق مُسْتَمْتَعِهِ.

ولا فرق بين أن تكون الواهبة حرة، أو أمة، أذن لها السيد، أو لم يأذن؛ لأن الحق لها دون[(١١)] السيد.

وإذا تمت الهبة فإن كانت ليلة[(١٢)] الواهبة تلي ليلة الموهوبة، بات عندها ليلتين متواليتين، وإن لم تكن تليها، فوجهان:

أحدهما: أنه يضم ليلة الواهبة إلى ليلة الموهوب لها، ولا يفرق[(١٣)] بينهما؛ لأنه أسهل عليه، والمقدار لا يختلف.

قال الرافعي: وقياس هذا: أنه إذا كانت ليلة [الواهبة][(١٤)] أسبق، وبات فيها عند

---

(١) في س: وجهان.
(٢) سقط في د.
(٣) في س: وأنا.
(٤) في د: منفعته.
(٥) في د: الشركة.
(٦) في د: الابتدال.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في س.
(٩) في س: الإضرار.
(١٠) في س: يصرح.
(١١) في س: لا.
(١٢) في د: نوبة.
(١٣) في س: فلا فرق.
(١٤) سقط في س.

الموهوبة، يجوز أن يقدم ليلتها، ويبيت عندها الليلة الثانية أيضًا.

وأصحهما - وهو المذكور في التهذيب-: أنه يبيت عند الموهوبة الليلة التي كانت للواهبة.

قلت: وهذا إنما يتجه إذا كانت نوبة الواهبة متأخرة، أما إذا كانت متقدمة، وأراد أن يؤخرها؛ ليجمع بين الليلتين؛ فيتجه القطع بالجواز، وإليه يرشد ما علل به صاحب الشامل والتتمة؛ حيث قالا في الرد على صاحب الوجه الأول: لأن ذلك يتضمن تأخير حق غيرها.

قال: **وإن وهبت للزوج**(١)، **جعله لمن شاء منهن**؛ لأنها جعلت الحق له؛ فيجعله لمن شاء، فإذا جعله لواحدة؛ نظر: هل كانت ليلتها تلي ليلة الواهبة [أم لا تليها](٢)؟، ويكون الحكم كما تقدم.

وقيل: ليس له التخصيص، وهو ما أجاب به أبو الحسن العبادي، وبه قطع الصيدلاني جوابه؛ نقلاً عن القفال؛ لما في ذلك من إظهار الميل المورث للوحشة، والحقد؛ فيجعل الواهبة كالمعدومة، ويسوي بين الباقيات، فإن كن أربعًا، فوهبت واحدة حقها منه - قسم بين الثلاث، وأخرجت الواهبة عن الاعتبار.

وفي التتمة على هذا الوجه: أنه يقسم الليلة عليهن، فيبيت عند كل واحدة منهن ساعة، أو لا يبيت عند واحدة [منهن](٣) أصلاً، أو يختص بها في كل دور واحدة منهن.

وأشار الإمام والغزالي إلى أن محل الخلاف فيما إذا قالت: وهبت [منك؛ فخصص من شئت، وأن الظاهر أنه ليس له التخصيص.

أما إذا قالت: وهبت منك](٤) مطلقًا، فقد صارت كالمعدومة؛ فيسوي بين الباقيات.

قال: **فإن رجعت في الهبة؛ عادت إلى الدور من يوم الرجوع** - أي: إذا علم الزوج برجوعها - **ولا ترجع فيما مضى**؛ لأن ما مضى قد اتصل به القبض، وما يتجدد لم يتصل به القبض.

أما إذا لم يعلم(٥) الزوج بالرجوع، ومضت نوبٌ، فلا تستحق قضاء ما فات

---

(١) في د: وهبته من الزوج.
(٢) في س: أو لم تليها.
(٣) سقط في س.
(٤) ما بين المعقوفين في س: حقك.
(٥) في س: يرجع.

من نوبها قبل العلم؛ كما لو أباح إنسان ثمار بستانه لإنسان، ثم رجع، فما أتلفه بعد الرجوع، وقبل العلم، لا ضمان عليه فيه؛ فكذلك هاهنا.

وقال الشيخ أبو محمد: يخرج على القولين في عزل الوكيل قبل أن يبلغه العزل.

قال الإمام: واشتراط ظهور الخبر أغوص[1] وأفقه.

واعلم: أن المراد من قول الشيخ: «يوم الرجوع»، أي: وقت الرجوع، ليلاً كان أو نهارًا.

قال: **وعماد القسم الليل لمن معيشته بالنهار**؛ لقوله تعالى: ﴿وَجَعَلْنَا ٱلَّيْلَ لِبَاسًا﴾ [النبأ: ١٠] قيل في تفسيرها: الإيواء إلى المساكن، ويكون النهار تابعًا لليل؛ لأن سودة وهبت يومها لعائشة، واليوم اسم للنهار، ويتبع الليلة الماضية، فإن جعل النهار مضافًا إلى الليل الذي يتعقبه، جاز.

وأما من معيشته بالليل: كالأَتُونِيِّ والحارس، فإن عماد القسم في حقه النهار، ويكون الليل تابعًا له؛ لأن نهاره كَلَيْل غيره. وهذا كله في المقيم.

أما المسافر الذي معه زوجاته: فعماد القسم في حقه وقت النزول ليلاً كان أو نهارًا، قليلاً كان أو كثيرًا؛ لأن الخلوة حينئذ تتأتى؛ قاله في التهذيب.

فرع:[2] لو كان الرجل يعمل تارة بالليل، ويستريح بالنهار[3]، ويعمل أخرى بالنهار[4]، ويستريح بالليل[5]، فقد حكى الحناطي فيه وجهين في أنه هل يجوز أن يبدل الليل بالنهار؛ بأن يكون لواحدة ليلة تابعة ونهار متبوع، ولأخرى ليلة متبوعة ونهار تابع؟

قال: **فإن دخل**[6] **بالنهار** - أي: من عمادُ القسمِ في حقه الليلُ - إلى غير المقسوم لها؛ لحاجة - جاز؛ لما روى عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: «مَا كَانَ يَوْمٌ أَوْ أَقَلُّ إِلَّا كَانَ رَسُولُ اللهِ ﷺ يَطُوفُ عَلَيْنَا جَمِيعًا، فَيُقَبِّلُ وَيَلْمِسُ، فَإِذَا جَاءَ إِلَى الَّتِي هِيَ نَوْبَتُهَا أَقَامَ عِنْدَهَا»[7].

---

(١) في س: أفوض. (٢) في س: قال. (٣) في س: في النهار.
(٤) في س: في النهار. (٥) في س: في الليل. (٦) في س: فأدخل.
(٧) أخرجه أحمد(٦/ ١٠٧)، وأبوداود(١/ ٦٤٩) كتاب النكاح، باب: القسم بين النساء، برقم (٢١٣٥)، والحاكم في المستدرك (١/ ١٣٥) عن عائشة رضي الله عنها.

والحاجة مثل الزيارة، وتعهد الخبر، وتسليم النفقة، ووضع المتاع وأخذه.

وينبغي ألَّا يطيل المقام، ولا يعتاد الدخول على واحدة في نوبة الأخريات[(١)]؛ هكذا حكاه الرافعي، ومقتضاه: أنه إذا فعله لا إثم عليه فيه، ولا قضاء.

وفي المهذب: أنه يجب [عليه][(٢)] القضاء إذا أطال؛ لأنه يزيل الإيواء المقصود.

وفي الذخائر: أن من أصحابنا من قال: حكم النهار حكم الليل؛ فلا يجوز الدخول إلا لضرورة؛ لأنها استحقته بالقسم.

والأول هو الظاهر من لفظ الشافعي؛ للحديث.

ولا يجوز في أوقات الدخول للحاجة أن يجامع، وفي سائر الاستمتاع[(٣)] وجهان: أظهرهما - وهو ما جزم به في المهذب-: أنه يجوز؛ للحديث.

وفي كتاب ابن كج وجه: أنه يجوز الجماع أيضًا.

والمذهب الأول.

فلو وطيء، فهل يجب عليه القضاء؟ فيه وجهان:

أحدهما: [أنه][(٤)] يجب عليه أن يخرج في نهار الموطوءة، ويطأها؛ [لأنه العدل][(٥)].

قال: وإن دخل لغير حاجة، لم يجز؛ لما فيه من إبطال حق صاحبة القسم من غير حاجة.

وفي الذخائر: أن من أصحابنا من قال: إنه يجوز، والحرج[(٦)] مرفوع، إلا أنه لا يطيل القعود، واستدل بحديث عائشة.

قال: فإن خالف، وأقام عندها يومًا، أو بعض يوم، لزمه قضاؤه للمقسوم لها؛ لأنه ترك الإيواء المقصود.

وقيل: لا يقضي؛ لأن النهار تابع.

قال: وإن دخل بالليل، لم يجز إلا لضرورة؛ لأن ذلك هو حق صاحبة القسم.

ومن الأصحاب من جوز الدخول [للحاجة][(٧)]، والظاهر الأول.

والضرورة مثل أن تكون منزولاً بها؛ فتحتاج إلى أن يحضرها، أو توصي إليه، أو تموت فتحتاج [إلى تجهيزها][(٨)]؛ كذا حكاه ابن الصباغ

---

(١) في س: الأخرى.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: الاستمتاع.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: الخروج.
(٧) سقط في س.
(٨) في س: أن يجهزها.

ومثَّل الشيخ أبو حامد [الضرورة][(١)] بالمرض الشديد، ويقرب منه ما نقله الغزالي في «الوجيز» أنه لا يدخل على الضرة[(٢)] إلا لمرض مخوف.

وقال في «الوسيط»: «أما المرض الذي يمكن أن يكون مخوفًا، فيدخل؛ ليتبين الحال».

وفي وجه: لا يدخل إلا إذا تحقق أنه مخوف.

وفي ابن يونس: «أن الضرورة: كما إذا أكرهه السلطان، أو مرض، وخاف أن يموت بغير وصية». وكل ذلك متقارب.

قال: فإن دخل - أي: لغير ضرورة - وأطال، قضى؛ لما بيناه.

وهل يقضي إذا كان الدخول طويلاً؛ لضرورة؟ فيه وجهان:

المذكور منهما في المهذب والشامل والتتمة: [وجوب][(٣)] القضاء من نوبة المدخول إليها.

أما إذا لم يطل، فلا قضاء؛ لأنه لا فائدة لصاحبة القسم[(٤)] في دخوله الزمان اليسير، لكنه يعصي[(٥)].

وقدر القاضي الحسين تقدير القدر المقضي بثلث الليل، والصحيح أنه لا يتقدر.

قال: وإن دخل، وجامعها، وخرج - أي: في لحظة يسيرة - فقد قيل: لا يقضي؛ لأن الوطء غير مستحق، وقدره من الزمان لا يضبط؛ فسقط، وإن ضبط فيسير.

قال: وقيل: يقضي بليلة؛ لأن الجماع معظم المقصود، وقد أفسده؛ لأنه يلحقه بعده فتور؛ فلم يكمل السكن والاستمتاع المقصود [بالقسم][(٦)].

قال: وقيل: يقضي، بأن يدخل في نوبة الموطوءة فيجامع[(٧)] **كما جامعها**؛ تسوية بينهما.

فرع: إذا مرضت[(٨)] واحدة من النسوة، أو ضربها الطلق، فإن كان لها متعهد لم يبت عندها إلا في نوبتها، ويراعى القسم، وإن لم يكن لها متعهد، فله أن يبيت عندها، ويمرضها، وله أن يديم البيتوتة عندها [ليالي][(٩)]، بحسب الحاجة،

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: الضر.
(٣) سقط في س.
(٤) في د: القصر.
(٥) في س: يقضي.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: فيحتاج.
(٨) في د: رضيت.
(٩) سقط في س.

ثم يقضي للباقيات إن برأت، وإن ماتت، تعذر القضاء، وفي القضاء لا يبيت عند كل واحدة من الأخريات جميع تلك الليالي ولاء، بل لا يزيد على ثلاث ليال؛ وهكذا يدور حتى يتم[(١)] القضاء؛ كذا نقله صاحب التهذيب.

وفي الذخائر حكاية وجه: أنه لا قضاء؛ لأنها إقامة[(٢)] بعذر؛ فهي كالسفر، وأنه إذا كان المرض مخوفًا، [ووجدت ممرضًا، أو غير مخوف][(٣)] ولم تجد ممرضًا، فهل يجوز الخروج إليها بسبب ذلك؟ فيه وجهان.

وقد تقدم الكلام في [زمن القسم][(٤)] أما مكانه، فإن لم ينفرد الزوج بمسكن واحد، ودار عليهن [في مساكنهن][(٥)] فذاك، وإن انفرد بمسكن، فيتخير بين المضي وبين أن يدعوهن إلى مسكنه في بيوتهن، وعليهن الإجابة، فمن امتنعت منهن فهي ناشزة، والأول أولى؛ كي لا يحوجهن[(٦)] إلى الخروج.

وهل له أن يدعو بعضهن إلى مسكنه، ويمضي إلى مسكن بعضهن؟ فيه وجهان، وقيل: قولان:

أحدهما: [نعم، وبه أجاب][(٧)] الشيخ أبو حامد وغيره من العراقيين.

وأظهرهما - وبه أجاب في التهذيب، وأبو الفرج-: المنع؛ لما فيه من التخصيص والتفضيل.

ثم الوجهان فيما إذا لم يكن للتخصيص عذر، فإن كان؛ كما إذا كان مسكن إحداهما أقرب إليه؛ [فيمضي إليها][(٨)] ويدعو الأخرى؛ ليخفف[(٩)] عن نفسه مؤنة السير، فعليها الإجابة؛ وكذا لو كانت تحته عجوز وشابة، فخص بيت الشابة؛ لكراهة[(١٠)] خروجها، ودعا[(١١)] العجوز - يلزمها [الإجابة، وإن أبت، بطل حقها.

ولو أقام عند واحدة، ودعا الباقيات إلى بيتها، لم يلزمهن الإجابة][(١٢)].

وأما من يستحق عليه القسم[(١٣)]، فهو كل زوج عاقل، مراهقًا [كان][(١٤)] أو بالغًا، رشيدًا[(١٥)] كان أو سفيهًا، فإن وقع جور من المراهق أو السفيه، فالإثم في المراهق على الولي، وفي السفيه عليه.

---

(١) في س: يضم.
(٢) في د: أقامته.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: زمنة.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: يجوهن.
(٧) في س: وبه قال.
(٨) في د: فمضى.
(٩) في س: فيخفف.
(١٠) في د: لكراهية.
(١١) في س: وادعى.
(١٢) سقط في س.
(١٣) في د: القصر.
(١٤) سقط في س.
(١٥) في س: أو رشيدًا.

وأما المجنون، فإن كان لا يؤمن منه، فلا قسم، وإن أمن منه، فإن كان قد قسم لبعض نسائه، ثم جن، فعلى الولي أن يطوف به على الباقيات.

قال في «التتمة»: وذلك [إذا][(١)] طلبن، فإن أردن التأخير إلى أن يفيق، فلهن ذلك.

وإن لم يكن عليه شيء من القسم؛ بأن كان مُعْرِضًا عنهن، أو جُنَّ بعد النوبة، فإن رُئي منه الميل إلى النساء، أو قال أهل الخبرة: إن غشيان النساء ينفعه؛ [فعلى الولي][(٢)] أن يطوف [به عليهن، أو يدعوهن إلى منزله][(٣)]، أو يطوف على بعضهن[(٤)]، ويدعو [بعضهن][(٥)] كما يرى.

وإن لم ير منه ميلاً؛ فليس عليه أن يطوف [به][(٦)].

وفي «الإبانة» وجه: أن حق القسم يبطل بالجنون؛ هذا كله في المجنون المطبق.

فإن كان يجن ويفيق؛ فإن انضبط، فَيُسَّرح أيام الجنون، ويقسم في أيام الإفاقة.

ولو أقام في مدة الجنون عند واحدة، فلا قضاء، ولا اعتداد به؛ هكذا ذكره في التهذيب.

وحكى أبو الفرج وجهًا: أنه إن أقام في الجنون عند بعضهن، قضى للباقيات.

وفي التتمة: أنه يراعى القسم في أيام الإفاقة، والولي يراعيه في أيام الجنون، ويكون لكل واحدة نوبة من هذه، ونوبة من هذه، فإن لم ينضبط وقسم الولي لواحدة في الجنون، وأفاق في نوبة الأخرى، قال الإمام والغزالي: يقضي ما جرى في الجنون؛ لما كان فيه من النقصان.

قال الإمام: ويجوز أن يقال: إن لم ترض بإقامته عندها، وانتظرت الإفاقة[(٧)]، فلها ذلك، وإن أقامت عنده فهو بمثابة الرضا بالعيب.

قال: وإن تزوج امرأة، وعنده امرأتان قد قسم لهما، قطع الدور للجديدة؛ إذ لا يمكن تخصيص القديمتين[(٨)] بالمعاشرة، فإن كانت بكرًا أقام عندها سبعًا، ولا يقضي؛ لما روي عن أنس أنه قال: «مِنَ السُّنَّةِ: أَنْ يَقْسِمَ عِنْدَ الْبِكْرِ، إِذَا تَزَوَّجَهَا

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: فعليه.
(٣) في س: به أو يدعوا إليه في منزله.
(٤) في س: بعضه.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: الإقامة.
(٨) في د: القديمة.

عَلَى الثَّيِّبِ[(١)] سَبْعًا، وَلَوْ شِئْتُ أَنْ أَرْفَعَهُ إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ، لَرَفَعْتُهُ»[(٢)].

وفي «التتمة»: أنه مرفوع إلى رسول الله ﷺ.

قال: وإن كانت ثيبًا، فهو بالخيار بين أن يقيم عندها سبعًا [ويقضي، وبين أن يقيم عندها ثلاثًا][(٣)] ولا يقضي؛ لما روي أنه ﷺ قال لأم سلمة: «إِنْ شِئْتِ سَبَّعْتُ عِنْدَكِ، وسَبَّعْتُ[(٤)] عِنْدَهُنَّ، وَإِنْ شِئْتِ ثَلَّثْتُ عِنْدَكِ، وَدُرْتُ [عَلَيْهِنَّ][(٥)]»[(٦)].

ولا فرق في ذلك بين الحرة والأمة، وفي الأمة وجه إذا نكحها العبد على حرة: أنها تستحق شطر القسم، ويكمل الكسر.

وقيل: لا يكمل، وهو المذكور في «التهذيب»، و«النهاية».

والاعتبار بحالة الزفاف، حتى لو عتقت قبل الزفاف، وبعد العقد، فلها حق الحرائر، وإن عتقت بعد الزفاف، فحق الإماء.

وفي «التهذيب»: أنه يحتمل أن يقال: إذا عتقت في المدة، فلها حق الحرائر.

وهل إقامة الزوج السبع عند البكر، والثلاث عند الثيب واجب؟ حكى الحناطي فيه قولين، [الموافق][(٧)] لإيراد الجمهور منهما[(٨)]: الوجوب.

ويوالي بين الثلاث أو السبع؛ لأن المقصود بذلك الإلف والأنس وزوال الحشمة[(٩)]، وذلك لا يحصل عند التفريق.

فلو فرق؛ ففي الاحتساب به وجهان، والظاهر من كلام الأكثرين المنع؛ فيوفيها حقها على التوالي، ويقضي ما فرق للأخريات.

ولو خرج بعذر، أو أُخْرِجَ، فيقضي عند التمكُّن.

ولا فرق بين أن تكون ثيابة الجديدة بالنكاح أو [بالزنى أو بالشبهة][(١٠)]، ولو حصلت بمرض، فعلى الوجهين في اشتراط استنطاقها؛ كذا قاله الرافعي،

---

(١) في س: البنت.

(٢) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٨٤) كتاب الرضاع، باب: قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف، برقم (١٤٦١).

(٣) سقط في س. (٤) في س: ثلثت. (٥) سقط في د.

(٦) أخرجه مسلم (٢/ ١٠٨٣) كتاب الرضاع، باب: قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف، رقم (٤٢/ ١٤٦٠).

(٧) سقط في س. (٨) في س: منها. (٩) في د: الوحشة.

(١٠) في س: الزنا أو الشبهة.

ومقتضاه: أن التي[1] ثابت بالزنى، يكون حكمها حكم البكر على الصحيح، كما تقدم في الاستنطاق[2].

وإذا أقام عند الثيب سبعًا؛ ففيما يقضيه وجهان، في «المهذب»:

أحدهما: السبع؛ للحديث.

والثاني: ما زاد على الثلاث.

وفي الوسيط وغيره: أنه إن أقام باختياره من غير سؤالها، فلا خلاف أنه لا يبطل حقها من الثلاث، وإن كان بسؤالها؛ قضى السبع، وعليه يدل حديث أم سلمة.

ولو التمست منه إقامة ما فوق الثلاث، ودون السبع، لم يقض إلا ما زاد على الثلاث؛ لأنها لم تطمع في الحق المشروع لغيرها، وهو المعلل به وجوب قضاء السبع مع الحديث.

وقال الغزالي: يحتمل أن يقضي، وليس ببعيد عندي أن يكون قضاء السبع معللا بحسم باب التحكم والاقتراح عليه، وحكم البكر إذا طلبت زيادة على السبع كذلك.

فرعان:

أحدهما: إذا كان قد قسم لإحدى القديمتين يومًا، ثم دخل بالجديدة، قضاها حقها، ويقسم للتي لم يقضها حقها ليلة: نصفها من حق الضرة القديمة، والنصف من حق الجديدة، فيقضي للجديدة نصف ليلة، ثم بعد ذلك يستأنف القسم بينهن على السوية؛ قاله ابن الصباغ والمتولي.

---

(١) في س: الذي.

(٢) قوله: «وإذا تزوج جديدة، فإن كانت بكرًا أقام عندها سبعًا، وإن كانت ثيبًا، أقام ثلاثًا.
ولا فرق بين أن يكون ثيابتها بالنكاح أو بالزنا أو بالشبهة، ولو حصلت بمرض فعلى الوجهين في اشتراط استنطاقها، أي عند تزويجها. كذا قاله الرافعي، ومقتضاه: أن التي ثابت بالزنى يكون حكمها حكم البكر على الصحيح؛ كما تقدم في الاستنطاق». انتهى.
فيه أمران:
أحدهما: أن ما نقله عن الرافعي في المريضة قد ذكره الرافعي، إلا أن الرافعي لم يذكر هذه المسألة في الاستنطاق بالكلية، فسكوت المصنف عليه، يقتضي صحة ما قاله من تقدمة هناك، وإلا كان يلزمه التنبيه عليه والاحتراز منه.
الأمر الثاني: أن ما قاله من أن التي ثابت بالزنا، يكون حكمها حكم الأبكار على الصحيح، وأنه قد تقدم في النكاح كذلك، غلط عجيب، فإن الصحيح في الرافعي: أن حكمها حكم الثيبات. وقد ذكره المصنف في كتاب النكاح كذلك، ثم إن الكلام الآن ليس هو في الثيابة بالزنى، حتى يذكر فيهما ما ذكر، بل تلك قد تقدم حكمها، فما وجه إعادتها. [أ و].

الثاني: إذا كان له ثلاث نسوة، فطلق واحدة منهن، ثم راجعها؛ فلا حق لها إن كان قد قضاها حق العقد، وإلا فيقضيه، أو ما بقي منه، وإن جدد نكاحها بعد البينونة؛ فهل يجب لها حق العقد؟ فيه قولان، أو وجهان؛ أصحهما: أنه يجب.

ويجري الخلاف فيما لو أعتق مستولدته، أو أمته التي هي فراشه، ثم نكحها.

ولا خلاف في أنه لو أبانها [قبل أن يوفيها حقها، ثم جدد نكاحها، يلزمه التوفية.

ولو أقام عند البكر ثلاثًا وافتضَّها، ثم أبانها][1] ثم جدد نكاحها، فإن قلنا: يتجدد حق الزفاف، فيبيت عندها [ثلاث ليال؛ فإنه حق الزفاف.

وإن قلنا: لا يتجدد حق الزفاف، فيبيت عندها][2] أربعًا؛ لأنها بقيت من [حق][3] العقد [الأول][4].

قال: **ويجوز أن يخرج بالنهار، لقضاء الحاجات، وقضاء الحقوق**؛ للحاجة إلى ذلك، ولأن العماد في القسم المستدام الليل دون النهار، فكذلك في القسم المشروع للجديدة، ويكون النهار تبعًا[5] لليل.

قال: **وإن تزوج امرأتين، وزفتا إليه في مكان واحد؛ أقرع بينهما لحق العقد**.

الزفاف، والزفيف: حمل العروس إلى زوجها، يقال: زف العروس يزفها -بضم الزاي- زفافًا، وزفًّا، وأزفها، وازدفها: بمعنى واحد.

وإنما أقرع بينهما؛ لأنه لا مزية لإحداهما على الأخرى؛ فرجح بالقرعة، فإذا خرجت [القرعة][6] لإحداهما قدمها بجميع السبع، أو الثلاث، وحكى القاضي ابن كج [وجهًا][7]: أنه يقدمها بليلة، ثم يبيت عند الأخرى ليلة، وهكذا يفعل إلى تمام المدة.

وفي الجيلي حكاية عن البحر: أن هذا إذا تزوجهما بعقد واحد، أما إذا تقدم عقد إحداهما، قدمها في القسم، وادعى أنه الأصح؛ لأن العقد سبب الاستحقاق، وقد تقدم.

قلت: ويتجه مع اتحاد العقد والزفاف أن يقدم واحدة بغير قرعة؛ كما تقدم ذكره في ابتداء القسم.

واعلم أن لفظة زمان واحد أولى من مكان واحد؛ إذ [به الاعتبار][8].

---

(١) سقط في س.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) في د: تابعًا.
(٦) سقط في س.
(٧) سقط في س.
(٨) في س: الاعتبار به.

فرع: لو نكح امرأتين، وليس عنده امرأة أخرى؛ ففي ثبوت حق الزفاف وجهان:

أظهرهما: أنه يثبت.

والثاني: أنهما إن كانتا[١] بكرين أو ثيبين؛ لم يثبت، فإن أراد أن يبيت عند واحدة منهما، فعليه التسوية.

[وإن كانت إحداهما بكرًا، والأخرى ثيبًا؛ فيخص البكر بأربع ليال، ثم يسوي][٢].

قال: فإن[٣] أراد سفرًا - أي: قبل القسم - فأقرع بينهن، فخرج السهم لإحدى الجديدتين، سافر بها؛ لما تقدم. ويدخل حق العقد في قسم السفر؛ لأن المقصود بزيادة المقام مع الجديدة زوال الحشمة، وحصول الأنس، وقد حصل ذلك في السفر.

وفي الجيلي حكاية وجه: أنه إذا حضر يقضي لها حقها، ومقتضاه: أنه[٤] لا يدخل في قسم السفر.

قال: **فإن**[٥] **رجع قضى حق العقد للأخرى**، ويحكى ذلك عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة، وهو الأظهر؛ لأنه حق ثبت قبل المسافرة؛ فلا يسقط بالسفر؛ كما لو قسم لبعض نسائه دون بعض، وسافر؛ فإنه يقضي بعد الرجوع لمن لم يقسم لها.

قال: **وقيل**: **لا يقضي**، ويحكى عن ابن سريج؛ كما لو سافر بإحدى القديمتين لا يقضي للأخرى.

ولأن حق الجديدة يتعلق بأول الزفاف، وقد مضى؛ كذا ذكره الرافعي؛ وهذه العلة موجودة في المسألة الأولى، ولم يخالف ابن سريج فيها.

فرعان:

أحدهما: لو كانتا بكرين[٦]، فرجع بعد ثلاثة أيام، قال القاضي ابن كج: على الوجه الأول يتم لها السبع، [ثم يوفي للأخرى سبعًا.

وعلى المنسوب لابن سريج: يتم لها السبع][٧] ويبيت عند الأخرى أربعًا، ويبطل ما جرى في السفر.

---

(١) في س: كانا.
(٢) سقط في س.
(٣) في التنبيه: وإن.
(٤) في س: إن.
(٥) في التنبيه: فإذا، وفي س: إن.
(٦) في د: بكريًا.
(٧) سقط في س.

الثاني: لو خرج السهم لإحدى القديمتين، وسافر بها؛ وفَّى عند الرجوع حق الجديدتين، نص عليه.

قال الرافعي: ويجيء فيه الوجه الآخر.

قال: وإن كان له امرأتان، فقسم لإحداهما، ثم طلق الأخرى - أي: طلاقًا بائنًا - قبل أن يقضي لها - أثم؛ لمنعه حقها.

قلت: ويتجه هذا أن يكون فيما إذا طلقها بغير سؤالها، أما إذا كان الطلاق بسؤالها، فيتجه ألَّا يحكم بالإثم، كما قيل في الطلاق في زمن الحيض على رأي.

قال: وإن تزوجها - أي: وتلك في نكاحه - لزمه أن يقضي لها حقها؛ لتمكنه من إيفائه كما لو كان الطلاق رجعيًّا.

وقيل: لا يلزمه القضاء؛ لأن سبب الاستحقاق قد زال.

أما إذا لم تكن تلك في نكاحه؛ فقد تعذر القضاء؛ لأنه إنما يكون من[1] نوبة التي ظلم بسببها.

ولو لم يفارق المظلومة، وفارق التي ظلم بسببها، ثم عادت إلى نكاحه، أو فارقهما، ثم عادتا إلى نكاحه - اشتغل بالقضاء.

ويجيء في عودهما بالنكاح الجديد الخلاف السابق.

فرع: لو فارق [المظلوم بسببها، وأبقى المظلومة فردة، قال الغزالي: يتجه أن يقضي لها الليالي][2] التي ظلمها بهن[3]، وإن كنا لا نوجب الإقامة عند الفردة؛ لأنه حق استقر لها؛ فلا يسقط ببينونة غيرها.

قال: ولم أر المسألة مسطورة[4].

قال: ومن ملك إماء، لم يلزمه أن يقسم لهن - أي: ابتداء - وإذا وطئ واحدة منهن، لا يلزمه القسم للباقيات.

أما في الأولى؛ فلأنه إذا لم يجب للزوجات، ولهن حق [في مستمتع الزوج؛ بدليل الإيلاء، وثبوت الخيار بالجب والعنة؛ فَلِئَلَّا يثبت للإماء، ولا حق لهن][5] في مستمتعه؛ كان أولى.

وأما في الثانية؛ فلقوله تعالى [: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[6] فأشعر ذلك بأنه لا يجب العدل في ملك اليمين.

---

(١) في س: في.
(٢) سقط في د.
(٣) في س: فإنهن.
(٤) في س: مسطرة.
(٥) سقط في س.
(٦) بياض في س.

قال: والمستحب ألا يعطلهن[(١)]؛ [حذرًا من وقوعهن][(٢)] في الفجور، وأن يسوي بينهن؛ حذرًا[(٣)] من إيغار صدورهن.

وحكم المستولدة حكم الأمة.

فرع: لو كان تحته زوجات وإماء، وأقام عند الإماء؛ لم يلزمه [القضاء][(٤)] للزوجات، وهل له أن يسافر بواحدة من الإماء - والصورة هذه - من غير قرعة؟ فيه[(٥)] وجهان، حكاهما الحناطي، ونسب المنع إلى ابن أبي هريرة، والجواز إلى أبي إسحاق، وهو قياس أصل القسم.

قال: وإذا ظهر [له][(٦)] **من المرأة أمارات النشوز**: إما بالقول، مثل: أن كانت عادتها إذا دعاها إلى فراشه إجابته بالتلبية، ثم صارت لا تلبيه، أو تجيبه[(٧)] بالكلام الخشن والقبيح بعدما عهد منها خلاف ذلك.

وإما بالفعل، مثل أن يجد منها إعراضًا، وكراهة، وعبوسة بعدما عهد التلطف [و][(٨)] طلاقة الوجه[(٩)].

قال: وعظها بالكلام، مثل: أن يقول لها: ما الذي منعك عما ألفته منك؟ اتق الله؛ فإن حقي واجب عليك، وطاعتي عليك فرض، فاحذري[(١٠)] العقوبة. ويبين لها أن النشوز يسقط النفقة، والكسوة، والقسم، والمسكن[(١١)]؛ لقوله تعالى: [﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾][(١٢)] [النساء: ٣٤] ولا يهجرها، ولا يضربها؛ لجواز ألاَّ يكون نشوزًا، فلعلها تبدي عذرًا، أو تتوب، وحَسَنٌ أن يبرها، ويستميل[(١٣)] قلبها ما تيسر له.

قال: وإن[(١٤)] **ظهر منها النشوز**، مثل: أن دعاها إلى الفراش فامتنعت عليه؛ بحيث[(١٥)] يحتاج في ردها إلى الطاعة إلى تعب، لا امتناع[(١٦)] دلال، أو خرجت

---

(١) في التنبيه: ويستحب ألا يعضلهن.
(٢) في س: حذارًا من الوقوع.
(٣) في س: حذارًا.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: ففيه.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: أجابته.
(٨) في س: من.
(٩) زاد في س: والتطلف.
(١٠) في س: وأحذري.
(١١) في س: وحق السكن.
(١٢) سقط في س.
(١٣) في س: ويستمسك.
(١٤) في التنبيه: فإن.
(١٥) في س: حيث.
(١٦) في س: لامتناع.

من منزله، أو ما جانس ذلك، وليس من النشوز الشتم، وبذاءة اللسان، لكنها تستحق التأديب، وهل يؤدبها [الزوج][١] أو يرفع الأمر إلى القاضي[٢]؟ فيه خلاف، [والذي أورده صاحب «الكافي» في باب «حد الخمر» أن للزوج ذلك عند عضل شيء واجب عليها][٣].

قال: وتكرر منها - هجرَها في الفراش دون الكلام، وضربها ضربًا غير مبرح؛ أي: غير شاق وشديد الألم؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ﴾ [النساء: ٣٤]، وفي عدد الضرب وجهان:

أحدهما: دون الأربعين.

والثاني: دون العشرين.

وهل هجرانها في الكلام محرم، أو مكروه؟ فيه وجهان منقولان فيما علق عن الإمام، قال: والذي عندي: أنه لا يحرم الامتناع من الكلام أبدًا، نعم: إذا كلم فعليه أن يجيب، وهو بمثابة ابتداء السلام، والجواب عنه.

وفي الذخائر: أن المذهب: أنه لا يجوز.

ومحل الخلاف فيما فوق الثلاث، أما الثلاث فما دونها فلا يحرم قولاً واحدًا.

قال: وإن ظهر ذلك مرة واحدة؛ ففيه قولان:

أحدهما: يهجرها، ولا يضربها، وهو نصه في الأم، ورجحه الشيخ أبو حامد والمحاملي؛ لأن جنايتها لم تتأكد؛ وقد يكون ما جرى لعارض قريب الزوال؛ فلا يحتاج إلى التأديب بالإيلام؛ فعلى هذا يصير معنى الآية: فعظوهن إن رأيتم أمارات النشوز، واهجروهن إن امتنعن، واضربوهن إن أصررن[٤]، وتكون صيغة الخطاب - وإن كان ظاهره التخيير - مرتبًا على اختلاف الأحوال، [كقوله عز وجل: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ ...﴾ الآية [المائدة: ٣٣]، والعقوبات فيها ترتيب على اختلاف الأحوال][٥].

قال: والثاني: يهجرها، ويضربها، وهو الأصح عند الشيخ في المهذب، وابن الصباغ؛ لحصول النشوز؛ كما لو أصرَّت عليه، ومن قال بهذا القول قال: الخوف في الآية بمعنى العلم؛ كقوله تعالى: ﴿فَمَنۡ خَافَ مِن مُّوصٖ جَنَفًا أَوۡ إِثۡمٗا﴾ [البقرة: ١٨٢]، فإذا علم النشوز، حل له الوعظ، والمهاجرة، والضرب جميعًا؛ فأوَّل

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: الحاكم.
(٣) سقط في س.
(٤) في د: أصرت.
(٥) سقط في س.

الخوف، واستغنى عن الامتحان؛ هذه هي الطريقة المقيدة في المراتب الثلاث، وعليها الاعتماد.

ونقل ابن كج: أنه إن ظهر النشوز؛ فللزوج الوعظ والهجران، يجمع بينهما ويفرق بحسب اجتهاده، فإن خاف النشوز، فقولان:

أحدهما: أن الجواب كذلك.

والثاني: أنه لا يزيد على الوعظ.

ونقل الحناطي نحوًا منه في حالة الخوف، وفي حالة النشوز ثلاثة أقوال:

أحدها: أن له الجمع بين الوعظ والهجران والضرب.

والثاني: يتخير بينها[(١)] ولا يجمع.

والثالث: [أن][(٢)] الأمر على الترتيب؛ فيعظ أولا، فإن لم تتعظ هجرها، فإن لم تنزجر ضربها.

وفي الذخائر حكاية عن الحاوي: أنه إذا خاف النشوز وعظها، وهل له أن يهجرها؟ فيه وجهان.

وإن[(٣)] ظهر منها النشوز، فله وعظها وهجرها، وهل له ضربها؟ فيه قولان.

فإن أقامت على النشوز، فله وعظها وهجرها وضربها.

وحكى الغزالي الخلاف في الجمع والترتيب عند حصول النشوز.

فرع: قال في الذخائر: قال بعض أصحابنا: وإنما يجوز الأدب إذا علم أن الضرب يصلحها، أو ظنه، فإن [علم من][(٤)] عادتها إصرارها مع الضرب المبرح المخوف؛ فلا يجوز له الإقدام على الضرب.

قلت: هذا ما حكاه الإمام عن المحققين عند الكلام في التقريرات؛ حيث قال: قالوا: إذا كان التأديب لا يحصل إلا بالضرب المبرح؛ فلا يجوز الضرب الذي لا يبرح أيضًا؛ فإنه عرى عن الفائدة.

قال: وإن منع الزوج حقها، أسكنها الحاكم إلى جنب ثقة، ينظر إليها، ويلزم - أي: الحاكم - الزوج الخروج من حقها؛ [لأنه لما لم يكن للمرأة سلطان على الزوج وإجباره على الخروج من حقها][(٥)]؛ لضعفها، شرع ذلك؛ طريقًا للخلاص، بخلاف نشوزها؛ فإن الشرع أثبت للزوج إجبارها على إيفائها حقه[(٦)]؛ لقوته.

---

(١) في س: بينهما.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: فإن.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) في د: حقها.

ولو كان الزوج سيِّئ الخلق عليها، ويضربها بلا سبب؛ ففي التتمة: أن الحاكم ينهاه، فإن عاد عزَّره.

وفي الشامل وغيره: أنه يسكنها إلى جنب ثقة يطلع على حالهما[١]، ويمنعه من التعدي.

وفي الوسيط: أنه لا سبيل إلى الحيلولة حتى يعود إلى حسن المعاشرة، ولا يعول في ذلك على قوله، وإنما يعول على قولها، وعلى قرائن أحواله، وشهادات تدل عليه.

ولو كان الزوج لا يمنعها شيئًا من حقها، ولا يؤذيها بضرب ونحوه، ولكنه يكره صحبتها؛ لمرض أو كبر، ولا يدعوها إلى فراشه، أو يهم بطلاقها - فلا شيء لها، وحسن أن تسترضيه بترك[٢] بعض حقها من القسم والنفقة؛ كما فعلت سودة؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضًا ...﴾ [النساء: ١٢٨].

قال: **وإن ادعى كل واحد منهما على صاحبه الظلم والعدوان، أسكنهما الحاكم إلى جنب ثقة؛ ينظر في أمرهما، ويمنع الظالم منهما [من][٣] الظلم،** أي: ينظر الثقة إليهما، ويعرِّفُ الحاكم، ثم الحاكم يمنع الظالم.

قال: **فإن بلغا إلى الشتم والضرب، بعث الحاكم حرين[٤] عدلين، والأولى أن يكونا من أهلهما؛ [لينظرا][٥] لأنهما أعلم ببواطن أمورهما، ويفعلا ما فيه المصلحة من الإصلاح أو التفريق؛** لقوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمًا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنۡ أَهۡلِهَآ...﴾ [النساء: ٣٥].

وهل يكون بعث الحكمين[٦] واجبًا؟

لفظ صاحب التهذيب: أن على الحاكم أن يبعث حكمين، وهو يشعر بالوجوب.

وقال الروياني في الحلية: إنه يستحب للحاكم أن يبعث الحكمين[٧].

---

(١) في س: حالها. (٢) في س: ببذل. (٣) سقط في س.
(٤) زاد في التنبيه: مسلمين. (٥) سقط في د. (٦) في س: الحاكم.
(٧) قوله: وإن بلغا إلى الشتم والضرب، بعث الحاكم حرين مسلمين عدلين، ثم إن لفظ صاحب التهذيب أن على الحاكم أن يبعث حكمًا، وهو يشعر بالوجوب.
وقال الروياني في الحلية: يستحب للحاكم أن يبعث الحكمين. انتهى.
وما نقله عن الحلية من الاستحباب تبع فيه الرافعي، ولفظه في الحلية: المستحب للحاكم أن يبعث حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها، هذه عبارته. وليست صريحة فيما قاله، ولا ظاهرة، فإنها كما تحتمل أصل البعث، تحتمل البعث من أهلهما، فيكون الموصوف بالاستحباب هو البعث المقيد. =

وإنما لم تشترط القرابة وإن كان ظاهر الآية يدل عليها؛ لأنها لا تشترط في الحاكم ولا في الوكيل.

وفيما علق عن الإمام: أنه يشترط أن يكون المبعوثان من أهلهما؛ لظاهر الآية.

وفي النهاية أنه لا يشترط إجماعًا، [والله أعلم](١).

قال: وهما وكيلان لهما في أحد القولين، وهو الأصح في التهذيب، والمنصوص عليه في أكثر الكتب على ما حكاه في الذخائر، والأقيس في النهاية؛ لأن البضع حق الزوج، والمال حق الزوجة، وهما رشيدان؛ فلا يولى عليهما.

ولأن الطلاق لا يدخل تحت الولاية، ولا يرد على ذلك المولى؛ فإنه خارج عن القياس؛ فعلى هذا لا بد من رضاهما؛ فيوكل الزوج حكمًا في الطلاق، وقبول العوض، وتوكل المرأة حكمًا في ترك(٢) العوض، فلو لم يوكلا، فليس لهما إلا البحث عن محل اللبس؛ حتى يتبين للقاضي الظالمُ منهما من المظلوم، [ثم](٣) يُمضي حكمه في الإنصاف.

قال: وهما حكمان من جهة الحاكم في القول الآخر؛ فيجعل الحاكم إليهما الإصلاح أو(٤) التفريق من غير رضا الزوجين، وهو الأصح؛ لأن الله - تعالى- سماهما: حكمين، والحكم من يحتكم، ولا امتناع أن يثبت على الرشيد الولاية عند امتناعه(٥) من أداء الحقوق؛ كالمفلس، والمولَّى [عليه](٦).

وأيضًا: ما روي عن علي [كرم الله وجهه - أنه](٧) بعث حكمين، وقال: أتدريان ما عليكما؟ إن رأيتما أن تفرقا: أن تفرقا، وإن رأيتما أن تجمعا: أن تجمعا، فقال الزوج: وأما الطلاق فلا، فقال علي: كذبت، لا والله، لا نبرح حتى ترضى بكتاب الله لك وعليك، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله لي وعلي).

وينبغي أن يخلو كل واحد من الحكمين بأحد الزوجين، ويأخذ ما عنده، ثم يجتمعان، ويتشاوران، ثم يفعلان ما يؤدي إليه اجتهادهما، فإن رأى حكم الرجل أن يطلق طلق، [واستقل به](٨) ولا يزيد على طلقة، ولكن إن راجع الزوج، ودام الشقاق، زاد إلى أن يستوفي [الطلقات](٩) الثلاث.

= نعم نقل الروياني في البحر عن الشافعي أنه مستحب فإنه قال: قال الشافعي: المستحب للحاكم أن يبعث عدلين، والأولى أن يكون واحدًا من أهله وواحدًا من أهلها. [أ و].

(١) سقط في س. (٢) في س: بدل. (٣) سقط في س.
(٤) في التنبيه: و. (٥) في س: الامتناع. (٦) سقط في س.
(٧) سقط في س. (٨) سقط في س. (٩) سقط في س.

وإن رأى الخلع، وساعده حكم المرأة، تخالعا.

وإن اختلف رأي الحكمين؛ بعث إليهما آخرين حتى يجتمعا على شيء.

وفي كتاب الحناطي: أنه إذا رأى أحدهما الإصلاح، والآخر التفريق، ففرق، نفذ التفريق وإن جوزنا الاقتصار على واحد؛ ذكره الرافعي في آخر الباب.

ووراء ما ذكره طريقة حكاها [القاضي][1] ابن كج عن أبي الطيب بن سلمة وابن سريج، وهي[2] القطع بأن الفرقة[3] لا تنفذ إلا برضا الزوجين.

والقولان في أنه هل يحتاج إلى رضاهما [في بعث الحكمين][4].

وعن أبي إسحاق طريقة قاطعة بأن بعث الحكمين لا يحتاج إلى إذنهما، [فلعله يؤثر في صلاح حالهما، والخلاف في نفوذ الفرقة بغير إذنهما،][5] وإيراد المتولي ينطبق على هذه الطريقة، ولو رأى الحكمان أن تترك المرأة بعض حقها من القسم، أو من النفقة؛ لم يلزم ذلك بلا خلاف.

قال: **فإن غاب الزوجان، أو أحدهما؛ لم ينقطع نظرهما؛ على القول الأول كغيرهما في[6] الوكلاء.**

وينقطع على القول الثاني؛ لأن كل واحد منهما محكوم له وعليه، والقضاء للغائب لا يجوز.

وفي الوسيط حكاية وجه: أن لهما - أيضًا - الحكم، وليس بشيء.

ولو غلب على عقل أحدهما لم يُمضِ الحكمان بينهما شيئًا؛ أما على القول الأول؛ فلأن الوكالة تبطل بذلك، وأما على القول الثاني؛ فلأن الحكومة لا تجوز إلا مع بقاء الخصومة، وبالجنون[7] والإغماء زال ذلك، وارتفع الشقاق.

وفي شرح القاضي ابن كج: أنه لا يؤثر جنون أحد الزوجين على قولنا: إنهما حكمان.

وحكى الحناطي وجهًا على[8] قولنا: إنهما وكيلان - أن الإغماء لا يؤثر فيه؛ كالنوم.

ويشترط على القول الثاني أن يكونا فقيهين؛ على الأصح.

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: وهو.
(٣) في س: التفرقة.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: من.
(٧) في س: والجنون.
(٨) في س: عن.

وذهب بعض الأصحاب - على ما حكاه في الذخائر-: أنه لا يشترط؛ فإنه يعسر، ولا يشترط على القول الأول؛ كسائر الوكلاء.

ولتعلمْ أن إطلاق الشيخ يقتضي أنه يشترط فيهما الحرية، والعدالة؛ على القولين معًا، وهو ما ذهب إليه الأكثرون؛ لأن الوكالة إذا تعلقت بنظر الحاكم؛ فلا بد أن يكون الوكيل [عدلاً](١)؛ كأمين الحاكم.

وفي كتاب [القاضي](٢) ابن كج: أنه لا يشترط العدالة على القول بأنه توكيل(٣)؛ كما في سائر الوكلاء، وهو قضية إيراد الغزالي في الوجيز؛ فإنه قال: وعلى هذا يشترط عدالتهما؛ فأشعر بتخصيص [الاشتراط بالقول الثاني](٤).

قال الرافعي: ويجري الخلاف في الحرية والإسلام، ولا بد من الاهتداء إلى ما هو المقصود من بعثهما، ولا بد من الذكورة؛ إن جعلناه تحكيمًا، وإن جعلناه توكيلا قال الحناطي: لا يشترط في حَكَمِ المرأة، وفي حكم الرجل وجهان؛ بناء على أن المرأة هل توكل في الخلع؟

وهل يجوز الاقتصار على حكم واحد؟ فيه وجهان، أجاب القاضي ابن كج منهما بالمنع.

قال الرافعي: ويشبه أن يقال: إن جعلناه تحكيمًا؛ فلا يشترط العدد، وإن جعلناه توكيلاً؛ فيكون على الخلاف في تولي الواحد طرفي العقد.

وفي النهاية: [أنا](٥) إن جعلناه تحكيمًا؛ ففي المسألة احتمال ظاهر، يجوز أن يتبع القرآن، ويجوز أن يحمل العدد على الاستحباب؛ بدليل اتصاله بوصف ليس مشروطًا، وهو قوله: ﴿مِّنْ أَهْلِهِۦ﴾ و[﴿مِّنْ أَهْلِهَآ﴾](٦).

---

(١) سقط في س.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: وكيل.
(٤) في س: الاشتراط به كقول الثاني.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: أهلها.

باب الخلع

واشتقاقه من الخلع، وهو النزع.

يقال: خلع فلان ثوبه: إذا نزعه.

وهو في الشرع: مفارقة الزوجة على مال.

وسمي: خلعًا؛ لأنه يخلع لباس المرأة من لباس الزوج؛ قال الله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾ [البقرة: ١٨٧].

ويسمى هذا العقد افتداء - أيضًا - قال الله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

والأصل فيه من الكتاب هذه الآية.

ومن السنة [ما روي][١] أنه ﷺ خرج ذات يوم لصلاة الصبح، فرأى حبيبة بنت سهل الأنصارية على باب الحجرة، فقال: من هذه؟ فقالت حبيبة: لا أنا ولا ثابت، تريد: زوجها ثابت بن قيس، فلما دخل ثابت المسجد[٢]، قال له رسول الله ﷺ: «هَذِهِ حَبِيبَةُ تَذْكُرُ مَا شَاءَ اللَّهُ أَنْ تَذْكُرَ»، فقالت حبيبةُ: كُلُّ ما أعطانيهِ عندي، فقال ﷺ: «خُذْ مِنْهَا[٣]؛ فَأَخَذَ مِنْهَا، فَجَلَسَتْ فِي بَيْتِ أَهْلِهَا»[٤].

قال الإمام: وليس في حديث حبيبة رضا ثابت بالطلاق، ولا جريان لفظ المخالعة، ولا محمل له إلا ما ذكرناه في الحكمين.

وفي التهذيب أنه ﷺ قال لحبيبة: «أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ؟» قالت: نعم، فقال ﷺ: «اقْبَلِ الحَدِيقَةَ، وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً»[٥].

---

(١) سقط في س. (٢) في س: المجلس. (٣) في س: منهما

(٤) أخرجه مالك في الموطأ(٢/ ٥٦٤) كتاب الطلاق، باب: ما جاء في الخلع، برقم (٣١)، ومن طريقه الشافعي في مسنده ص(٢٦٢)، وأبو داود (١/ ٦٧٧) كتاب الطلاق، باب: في الخلع برقم (٢٢٢٧).

(٥) أخرجه البخاري(١٠/ ٤٩٦) كتاب الطلاق، برقم (٥٢٧٣).

وفي الذخائر [أنه جاء في بعض الألفاظ][(١)] أنه ﷺ قال لثابت: «خُذْ بَعْضَ مَالِهَا وَفَارِقْهَا»، فقال[(٢)]: ويصلح ذلك يا رسول الله؟ قال[(٣)]: «نَعَمْ»، قال: فإني أصدقتها حديقتين، وهما بيدها، فقال ﷺ: «خُذْهُمَا[(٤)]، وَفَارِقْهَا؛ فَفَعَلَ»[(٥)]، أخرجه أبو داود.

ويقال: إن هذا أول خُلْعٍ جرى في الإسلام.

والإجماع منعقد على أصل الخلع.

قال: **ويصح الخلع من كل [زوج][(٦)] بالغ عاقل** - أي: مختار سواء كان الزوج مطلق التصرف، أو محجورًا عليه بالإذن وبدونه؛ لأنه يستقل بالطلاق مجانًا، فمع العوض أولى.

ويقوم مقام الزوج وكيله في الخلع؛ كما يقوم مقامه إذا وكله في الطلاق.

فرع: لو وكل [الزوج][(٧)] وكيلا في أن يطلق زوجته، فهل له أن يخالعها؟

إن قلنا: إن الخلع فسخ، لم يصح.

وإن قلنا: إنه طلاق، أو كان بلفظ الطلاق، قال البوشنجي: إن كان بعد الدخول فيقطع بعدم النفوذ؛ لتفويته الرجعة على موكله، وإن كان قبل الدخول، أو كان المملوك له الطلقة الثالثة - ففيه خلاف[(٨)].

قال الرافعي: وقد يتوقف في بعض ذلك حكمًا وتوجيهًا؛ حكاه قبيل الفصل الثاني في نسبة الخلع إلى المعاملات.

وحكى قبيل الركن[(٩)] الخامس من الخلع عن فتاوى القفال: أنه لو وكل رجلاً بأن يطلق زوجته ثلاثًا، فطلقها واحدة بألف - تقع رجعية، ولا يثبت المال، وقضية هذا أن يقال: لو طلقها ثلاثًا بألف لا يثبت المال أيضًا، ولا يبعد أن يصار [إلى][(١٠)] ثبوته.

قال: **ويكره الخلع؛ لما فيه من قطع النكاح الذي هو مطلوب الشرع.**

وفي الذخائر: أنه غير مكروه، وإن ابتدآه من غير سبب، وأن من أصحابنا من قال: إن قلنا: إن الخلع طلاق، لم يبح إلا بسبب: من دفع ضرر، أو نحوه؛ وإن قلنا: إنه فسخ [أبيح][(١١)] من غير سبب؛ كسائر الفسوخ، والمذهب الأول.

---

(١) سقط في س. (٢) في س: قال.
(٣) في س: فقال. (٤) في س: خذها.
(٥) أخرجه أبو داود(١/ ٦٧٧) كتاب الطلاق، باب: في الخلع، برقم (٢٢٢٨).
(٦) سقط في س. (٧) سقط في س. (٨) في س: احتمالين.
(٩) في س: الباب. (١٠) سقط في س. (١١) في د: لم يبح.

قال: إلا في حالين:

أحدهما: أن يخافا - أو أحدهما - ألا يقيما حدود الله - أي: ما افترضه[١] الله - في النكاح؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

فإن قيل: ظاهر الآية يدل على الجواز عند وجود الخوف، وعلى العدم عند العدم، وقد قلتم بالجواز عند عدم الخوف لكن مع الكراهة.

فالجواب: أن ذكر الخوف في الآية خرج مخرج الغالب؛ فإن الأعم [الغالب][٢]: أن المخالعة إنما تقع في [حالة][٣] التشاجر، ولأنه إذا جاز في هذه الحالة وهي مضطرة إلى بذل المال، فلأن يجوز في حالة الرضا كان أولى، ويؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤].

ولأنه حل عقد بالتراضي جعل لدفع الضرر؛ فجاز من غير ضرر؛ كالإقالة في البيع.

قال: والثاني: أن يحلف بالطلاق الثالث[٤] **على فعل شيء لا بد منه** - أي: كالأكل، والشرب، وقضاء الحاجة، [ونحوها][٥] - فيخالعها، ثم يفعل المحلوف عليه - أي: إذا أمكن فعله - ثم يتزوجها؛ فلا يحنث؛ لكونه وسيلة إلى التخلص من وقوع الطلاق الثالث[٦]، وإنما لم يحنث إذا فعل في حال البينونة؛ لانحلال اليمين بالدخول؛ إذ لا تتناول إلا الدخلة الأولى، وقد حصلت.

وقال الإصطخري - على ما حكاه الحناطي-: إنه يخرج على قولي عود الحنث.

واعلم أن الجيلي - رضي الله عنه - ذكر في هذا الموضع كلامين يحتاج إلى تأملهما:

أحدهما: أنه قسم الخلع[٧] إلى محظور، ومباح، ومكروه:

وصور المحظور بما إذا كان يضربها، ويسقط حقها، ويؤذيها بأنواع الأذية؛ لتخالعه فإذا فعل ذلك، لم يصح بذلها، وإسقاطها.

فإن أراد بذلك أن المحظور لا يكون إلا بمجموع[٨] الضرب وغيره، فليس

(١) في س: فرضه.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في د.
(٤) في س: الثلاث.
(٥) سقط في د.
(٦) في س: الثلاث.
(٧) في س: الحنث.
(٨) في س: لمجموع.

الأمر كذلك؛ فإنه متى وجد الضرب وحده، كان مستقلًّا بثبوت الحكم، وإن أراد أن كل واحد من ذلك يفيد هذا الحكم، فالمتفق عليه في الطرق[١] أن الضرب بغير حق يكون إكراهًا، وأما منع الحق: ففي الشامل: أن الشيخ أبا حامد ألحقه [بالضرب، وهو ما حكاه الشيخ في المهذب.

وفي الرافعي أن الشيخ أبا حامد ألحقه][٢] بما إذا ضربها تأديبًا[٣]؛ فافتدت، والحكم فيه أنه يصح الخلع، وأنه إذا منعها بعض حقها حتى ضجرت وافتدت، فالخلع مكروه وإن كان نافذًا، والزوج مأثوم بما فعل.

وفيه وجه: أن منعه حقها كالإكراه على الاختلاع[٤] بالضرب، وما في معناه.

وفي الذخائر حكاية عن الحاوي: أنه إن منعها حق القسم[٥] مع قيامه بنفقتها؛ لتخالعه[٦]؛ فخالعته ففي صحة الخلع قولان، وإن منعها نفقتها، فلا يصح الخلع قولاً واحدًا

ثم قال بعد[٧] ذلك - أعني: الجيلي-: ويقع طلاقه رجعيًّا إن كان بعد الدخول بها، وكذا قاله في المهذب؛ وفي هذا الإطلاق نظر؛ فإن منقول المذهب -[على][٨] ما صرح به المتولي وغيره-: أن الحكم كما قالا مصور[٩] فيما إذا أكرهها حتى ابتدأت، وقالت: طلقني بألف، أو: خالعني، وقال الرجل في الجواب: أنت طالق، ولم يذكر المال.

على أن [في][١٠] هذه الصورة - أيضًا - وجهًا: أنه لا يقع [الطلاق][١١].

أما إذا قال الرجل: أنت طالق على ألف، فلا يقع الطلاق ما لم يوجد منها قبول؛ لأن قبوله لا حكم له.

ثم إطلاق[١٢] كون الخلع يكون محظورًا غير معقول على قاعدة الشافعي؛ فإن من قاعدته أن إطلاق[١٣] لفظ العقود يقتضي الصحيح منها، إلا في مسألة الإذن للعبد في النكاح، وإذا كانت مكرهة على القبول، أو على الابتداء، فما وجد الخلع الصحيح، ومتى انتفت[١٤] الصحة، لم تصدق التسمية؛ ولأجل ذلك لم

(١) في د: الضرب.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: تأدبًا.
(٤) في د: الامتناع.
(٥) في د: الفسخ.
(٦) في س: ليخالعها.
(٧) في د: فعند.
(٨) سقط في س.
(٩) في س: قال متصور.
(١٠) سقط في د.
(١١) سقط في س.
(١٢) في س: الطلاق.
(١٣) في س: الطلاق.
(١٤) في د: انتقت.

يذكر الشيخ هذا القسم.

نعم: يتصور أن يكون محظورًا على رأي الشيخ أبي حامد؛ على ما حكاه الرافعي عنه، وعلى أحد الوجهين في منع حق القسم دون النفقة؛ كما تقدم ذكره.

الثاني: [أنه][١] أخذ يناقش الشيخ في قوله: «أن يحلف بالطلاق على فعل شيء)، وقال: الأحسن[٢] أن يقول: على ألا يفعل شيئا ولا بد له منه»، وما قاله غير محتاج إليه؛ لأن المراد من الحلف هنا التعليق، وإذا كان كذلك؛ فيكون تقدير الكلام: أن يعلق طلاقها على فعل شيء لا بد له[٣] منه، وقد استقام الكلام.

فرع: لو زنت المرأة، فمنعها الزوج بعض حقها، فافتدت بمال، صح الخلع، وحل له أخذ [المال][٤]، ولا يكون ما فعله حرامًا، وعلى ذلك حمل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [النساء: ١٩].

وفي المهذب حكاية قول: أنه لا يجوز، ولا يستحق فيه العوض.

قال: فإن خالعها، ولم يفعل [الأمر][٥] المحلوف عليه - أي: إما لتعذره؛ كما إذا حلف على الوطء، أو لا لتعذره[٦] - ففيه قولان:

أصحهما: أنه يتخلص من الحنث، حتى إذا فعل المحلوف عليه بعد النكاح لا يحنث؛ لأنه تعليق سبق هذا النكاح؛ فلا يؤثر فيه؛ كما إذا علق طلاقها قبل أن ينكحها، ثم وجدت الصفة بعد النكاح.

والقول الثاني: أنه لا يتخلص من الحنث[٧]؛ حتى إذا فعل المحلوف عليه في النكاح الثاني، حنث[٨]؛ لأن التعليق والصفة وجدا جميعًا في الملك، وتخلل البينونة لا يؤثر؛ لأنه ليس وقت الإيقاع، ولا وقت الوقوع، وسيأتي في آخر الشرط في الطلاق بقية الكلام في المسألة.

قال: وإن كان الزوج سفيها، فخالع، صح خلعه - أي: سواء كان بمهر المثل، أو بدونه[٩] - لما ذكرناه، ووجب دفع المال إلى وليه؛ كسائر أمواله، فلو سلم إلى السفيه، فإن كان بإذن الولي، فهل يبرأ؟ فيه وجهان:

أرجحهما في المجرد للحناطي: الحصول.

---

(١) سقط في س.
(٢) في د: الأخر.
(٣) في د: منه.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط من التنبيه، د.
(٦) زاد في د: كغيره.
(٧) سقط في د.
(٨) في د: يحنث.
(٩) في س: دونه.

وإن كان بغير إذن الولي، فإن كان عينا، فيأخذها الولي من يده، فإن تركها في يده حتى تلفت بعد العلم(١) بالحال، ففي وجوب الضمان على الولي وجهان.

وإن تلفت في يد السفيه، قبل علم الولي، يرجع(٢) على المخلع بمهر المثل في أظهر القولين، وبقيمة العين في الثاني.

وإن(٣) كان دينًا فيرجع الولي على المختلع بالمسمى، ويسترد المختلع ما سلمه إلى السفيه، فإن تلف(٤)، فلا ضمان؛ لأنه الذي ضيع ماله؛ فصار كما لو باعه منه، وسلمه إليه، [والله أعلم](٥).

قال: وإن كان عبدًا، وجب دفع المال إلى مولاه؛ لأنه المستحق له، فلو سلم إلى العبد؛ فعلى ما ذكرنا في السفيه، إلا أن ما يتلف في يد العبد يطالب(٦) به بعد العتق(٧)؛ لأن الحجر عليه؛ لحق السيد؛ فيقتضي نفي الضمان ما بقي(٨) حق السيد، بخلاف السفيه؛ فإن الحجر عليه؛ لحق نفسه بسبب نقصانه، وذلك يقتضي نفى الضمان حالاً ومآلًا.

قال: إلا أن يكون مأذونًا له أي: في قبضه.

[وخلع](٩) المدبر والمعلق عتقه بصفة كخلع القن.

ومن بعضه حر، وبعضه رقيق، إذا جرت بينه وبين سيده مهايأة(١٠)، قال الرافعي: فليكن عوض الخلع من(١١) الأكساب النادرة؛ وليجئ فيه الخلاف.

وأما المكاتب، فيسلم عوض الخلع إليه؛ لصحة يده واستقلاله.

قال: ويصح بذل العوض في الخلع من كل زوجة، جائزة التصرف [في المال](١٢)؛ لأنه تصرف في المال، فإن كانت سفيهة، لم يجز خلعها؛ لأنها ليست من أهل إلزام المال.

فإن خالعها على شيء من مالها بعد الدخول، قال في المهذب وغيره: فله أن يراجعها، وظاهره يقتضي وقوع الطلاق.

---

(١) في د: التعليم.
(٢) في س: فيرجع.
(٣) في س: فإن.
(٤) في س: تلفت.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: مطالب.
(٧) في د: العقد.
(٨) في س: نفى.
(٩) سقط في د.
(١٠) في س: مهايئة.
(١١) في د: في.
(١٢) سقط في س.

وفي التتمة: [أنا إذا][(١)] قلنا: إن الخلع فسخ، لم تصح المخالعة، ولا تقع الفرقة؛ كما لو اشترت شيئًا قبل الحجر، وأرادت الإقالة بعد الحجر.

وإن قلنا: إن الخلع طلاق، أو[(٢)] كان بلفظ الطلاق، فالطلاق واقع -إذا قبلت- رجعيًّا، وإن لم تقبل لا يقع؛ لأن الصيغة تقتضيه.

ولو ابتدأت، فقالت: طلقني على كذا، فأجابها[(٣)]، فكذلك الجواب.

والفرق بين قبول السفيهة [وقبول][(٤)] المكرهة حيث فصلنا في المكرهة، ولم نفصل في السفيهة: أن عبارة المكرهة كالمعدومة؛ ولهذا لم يترتب عليها حكم شرعي في النكاح، فكذلك في [حله ومشيئة][(٥)] السفيهة[(٦)] صحيحة؛ بدليل مشيئتها[(٧)] في النكاح، وإذا كانت صحيحة وقع الطلاق المعلق عليها.

قال: وإن كانت أمة فخالعت[(٨)] **بإذن السيد، لزمها المال في كسبها، أو مما في يدها من مال التجارة**، أي: إذا لم يكن السيد قد عين لها مالاً تختلع به، وكان[(٩)] ما خالعت به قدر مهر المثل، أو دونه؛ لأن العوض في الخلع كالمهر في النكاح، والمهر في نكاح العبد يجب على هذا الوجه؛ فكذلك هاهنا.

أما إذا زادت على مهر المثل، فالخلع - أيضًا - صحيح، ويكون القدر الزائد على مهر المثل في ذمتها، وتتبع[(١٠)] به بعد العتق.

وفي التتمة: أنا إن قلنا فيما إذا خالعت بغير إذن السيد على مسمى: إنه يثبت المسمى في ذمتها، فهنا تثبت الزيادة في ذمتها.

وإن قلنا: إن المسمى لا يثبت، وإنما يثبت مهر المثل، فليس له هنا المطالبة بالزيادة بعد العتق. وهذا منقول المذهب، ولم أر فيما وقفت عليه من الطريقين ما يخالفه، وكان يتجه أن يقال: إذا أذن[(١١)] السيد في المخالعة، ولم يتعرض لذكر المال، فخالعت على مهر المثل أو دونه، يكون في لزوم وفاء المخالع[(١٢)] به من الكسب أو من مال التجارة خلاف مبني على أن الخلع إذا جرى بين[(١٣)] الزوجين

---

(١) في د: إن.
(٢) في س: لو.
(٣) في س: وأجابها.
(٤) سقط في س.
(٥) في د: حكمه ومشية.
(٦) في س: السفيه.
(٧) في د: مشيتها.
(٨) في د: فخالعها.
(٩) في س: إن كانت.
(١٠) في س: وينبع.
(١١) في س: كان.
(١٢) في د: الخلع.
(١٣) في س: من غير.

من غير ذكر المال، هل يقتضي المال؟ وفيه وجهان:

فإن قلنا: إنه يقتضيه، فيكون الحكم كما ذكرناه.

وإن قلنا: لا يقتضيه؛ فلا يوفي من الكسب، ولا من مال التجارة، وقد صرح الرافعي في الزوجة إذا وكلت في الخلع بمثل ذلك.

قال: فإن لم يكن لها كسب، ولا في يدها مال للتجارة، ثبت في ذمتها إلى أن تعتق؛ لأن الطلاق بعد وقوعه لا يرتفع، والزوج لم يوقعه مجانًا، وهي من أهل الالتزام، ولا سبيل إلى إلزام السيد به؛ لأن إذنه لا يقتضيه، فتعين ثبوته في الذمة، وهل يكون السيد ضامنًا [له](١)؟ فيه خلاف؛ كما قلنا في الصداق.

فإن قيل: لم لا أثبتم للزوج الخيار بين أن يرضى بذمتها، وبين أن يترك العوض، ويريد(٢) الطلاق، أو يترك(٣) العوض، ويكون الطلاق رجعيًّا؛ لتعذر وصوله إلى العوض(٤) في الحال؛ كنظيره في صداق العبد، ويكون مستمدًّا من أحد القولين المذكورين فيما إذا خالع الوكيل على أقل من مهر المثل عند الإطلاق؛ على ما سنذكره؟

جوابه: أنا حيث أثبتنا للزوجة(٥) الخيار في صداق العبد، عددنا التأخير عيبًا(٦)، والغالب من حال الأجنبية: أنها لا تعلم(٧) حال العبد؛ فلذلك أثبتنا لها الخيار، وهاهنا الغالب من حال الزوج معرفة حال زوجته، فإذا لم يعلم يكون مقصرًا؛ فلأجله لم يثبت له الخيار.

ولأن النكاح بعد الحكم بصحته يمكن رفعه بالفسخ، والطلاق بعد وقوعه لا يرتفع، ولا يقبل الفسخ، ولا يغيره عن صفته التي اتصف بها حالة(٨) الوقوع إلا بأمر متجدد، ولم يوجد.

قال: وإن خالعت بغير إذنه، ثبت العوض في ذمتها إلى أن تعتق، وتحصل البينونة؛ دفعًا للضرر عن السيد والزوج بقدر الإمكان.

وفي أمالي أبي الفرج حكاية قول عن الإملاء: أنه إذا وقع الخلع على عين مال السيد [أنه](٩) يكون الطلاق رجعيًّا.

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: وتريد.
(٣) في س: شرك.
(٤) في س: للعوض.
(٥) في س: للزوج.
(٦) في س: عينًا.
(٧) في س: لم يعلم.
(٨) في د: حاجة.
(٩) سقط في س.

وفي الجيلي حكاية وجه: أنه يقع رجعيًّا، من غير تفصيل بين أن يقع على العين أو على الذمة.

تنبيه: مراد الشيخ - رضي الله عنه - بالعوض: المسمى إذا كان في الذمة، وهو اختيار القفال، والشيخ أبي علي.

وفي التهذيب: أن الثابت في ذمتها مهر المثل، وهو ما صدر به الغزالي كلامه، وحكى ما ذهب إليه العراقيون وجهًا، مأخذه صحة شراء العبد وضمانه بغير إذن السيد، أما إذا كان الخلع على عين من أموال السيد، وفرعنا على المذهب، ففي الذخائر حكاية قولين:

الجديد [منهما](١): وجوب مهر المثل.

والقديم: بدل المسمى من المثل، أو القيمة.

قلت: وكان يتجه أن تبنى هذه المسألة على المسألة قبلها، فإن قلنا في المسألة قبلها: الواجب مهر المثل، فهاهنا أولى، وإن قلنا: الواجب المسمى، فيجيء القولان القديم والجديد.

وحكى الحناطي وجها فيما إذا اختلعت المكاتبة بعين [من](٢) مال السيد من غير إذنه: أنه يرجع بالأقل من مهر المثل - أو بدل العين.

قال الرافعي: ولا بد من مجيئه في الأمة.

فرع: [إذا](٣) اختلع السيد أمته التي تحت حر أو مكاتب(٤) على رقبتها، قال إسماعيل البوشنجي: تَحَصل(٥) في المسألة بعد إمعان النظر [على](٦) وجهين:

أحدهما: أنه تحصل الفرقة، ويكون الرجوع إلى مهر المثل؛ لأنه خلع(٧) على بدل لم يسلم له؛ فإن البدل هو ملك الرقبة، وفرقة الطلاق وملك الرقبة لا يجتمعان، وإذا لم يسلم البدل أشبه ما إذا خلعها(٨) على مغصوب.

وأفقههما: أنه لا يصح الخلع أصلاً؛ لأنه لو صح حصلت الفرقة وقارنها ملك الرقبة؛ فإن العوضين يتساوقان، والملك في المنكوحة يمنع وقوع الطلاق؛ وهذا كما قال الأصحاب فيمن علق طلاق زوجته المملوكة لأبيه على موت أبيه-: لا يقع الطلاق إذا مات الأب؛ هذا آخر كلامه.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: مكاتبه.
(٥) في د: يحصل.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: عن.
(٨) في س: خالعها.

ويتجه على الوجه الأول إذا قلنا بصحة الخلع: أن يكون الرجوع إلى قيمتها على قول سيأتي في نظائرها.

قال: وإن كانت مكاتبة، فخالعت بغير إذن السيد، فهي كالأمة؛ لتعلق حق السيد بكسبها وما[(١)] في يدها، وإن خالعت بإذنه، فقد قيل: هو كهبتها[(٢)] وفيها قولان.

ووجه كونه كالهبة: أنها تفوت[(٣)] مالا لا بعوض مالي.

وقيل: لا يصح قولاً واحدًا، بخلاف سائر التبرعات؛ لأنه يتعلق بها منة وثواب[(٤)] دنيوي أو أخروي، وليس في الخلع مثل هذه الفائدة، وفيه تفويت لمرافق النكاح عليها.

وفي الذخائر: أن الشاشي حكى طريقة ثالثة: أنه يصح قولاً واحدًا.

قلت: ويؤيده: أنه يصح من المريضة، والطريق الأول أظهر، ولفظ ابن يونس أصح؛ لأنه إذا جازت الهبة مع أنها لا تعود بشيء، فلأن يجوز[(٥)] الخلع مع أن فيه عود البضع إليها، كان أولى.

والمراد بعدم الصحة هنا لا يرجع إلى الخلع، وإنما يرجع إلى الإذن؛ فيكون كما لو[(٦)] خالعت بغير الإذن، وإذا صححنا المخالعة والإذن؛ فيكون الحكم كما لو[(٧)] خالعت الأمة بالإذن، نعم: القول الذاهب[(٨)] إلى أن السيد [يكون][(٩)] ضامنًا لعوض الخلع في حق الأمة لا يجيء[(١٠)] مثله في اختلاع المكاتبة، على ما حكاه أبو الفرج الزاز، وعلله بأن للمكاتبة[(١١)] يدًا ومالاً يطمع فيه الزوج، بخلاف الأمة.

قال: وليس للأب والجد ولا لغيرهما من الأولياء أن يخلع امرأة الطفل؛ لقوله ﷺ: «الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»[(١٢)]، والزوج هو الموصوف بهذه الصفة.

---

(١) في س: أو ما.　(٢) في د: كسبها.　(٣) في د: تقوى.
(٤) في س: وبوار.　(٥) زاد في س: في.　(٦) في س: إذا.
(٧) في د: إذا.　(٨) سقط في س.　(٩) سقط في س.
(١٠) في س: يجيء.　(١١) في س: المكاتبة.
(١٢) أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٧٢) كتاب الطلاق، باب: طلاق العبد (٢٠٨١) قال: حدثنا محمد ابن يحيي، ثنا يحيي بن عبد الله بن بكير، ثنا ابن لهيعة عن موسى بن أيوب الغافقي عن عكرمة عن ابن عباس، قال: أتى النبي ﷺ رجل فقال: يا رسول الله: إن سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها، قال: فصعد رسول الله المنبر فقال: «ياأيها الناس: ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما؟! إنما الطلاق لمن أخذ بالساق».
قال البوصيري في الزوائد (٢/ ١٤٠): «هذا إسناد ضعيف؛ لضعف ابن لهيعة». اهـ.

ولأن أعيان الزوجين مقصودة، وقد يكون للزوج فيها غرض[(١)]، فليس للولي تفويته، بخلاف الأموال؛ فإن الأعيان فيها[(٢)] غير مقصودة، وإنما المقصود المالية، وهي حاصلة عند المعاوضة[(٣)].

قال: ولا أن يخلع الطفلة بشيء من مالها، وكذلك السفيهة والمجنونة؛ لأنه يسقط بذلك حقها من المهر والنفقة والاستمتاع، فلا حَظَّ لها فيه، وتصرف الولي منوط بالحظ والمصلحة.

وقال بعض أصحابنا: إن قلنا: إن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي، فله أن يخالع بالإبراء من نصف مهرها عند وجود الشرائط في العفو[(٤)] على هذا القول، وبه قال الإمام، والغزالي، وأبو الفرج [الزاز][(٥)].

وقال في المهذب: إنه خطأ، وقد تقدمت حكاية هذا الوجه في الصداق.

وإذا خالعها بشيء من مالها، لم تستحق[(٦)] ذلك، فإن كان بعد الدخول، فله أن يراجعها؛ كذا حكاه في المهذب، ومقتضاه وقوع الطلاق، وهو ما حكاه في التتمة.

وفي كلام الغزالي والرافعي أنه يفصل:

فإن خالعها بشيء من أعيان أموالها، وصرح بأنه يفعل ذلك[(٧)] [بالولاية، لم يقع الطلاق؛ كالوكيل الكاذب، وإن صرح باستقلاله عن نفسه][(٨)] فهو كخلع الأجنبي بالمال المغصوب.

وإن لم يصرح بالولاية، ولا بالاستقلال، وذكر أن ذلك من مالها، فيقع الطلاق رجعيًّا؛ كما في مخالعة السفيه.

وقيل: إنه كالأجنبي يخالع بالمغصوب.

ولو لم يذكر أنه من مالها، ولم يعلم ذلك، فهو كالخلع بالمغصوب أيضًا، وإن علم فوجهان:

أحدهما : أن المعلوم كالمذكور حتى يكون رجعيًّا على الأظهر.

وأصحهما - وهو المذكور في التهذيب-: أن الحكم كما لو لم يعلم؛ لأنه لم يبطل التبرع بإضافة المال إلى الزوجة، وقد يظن الزوج أنه مال المختلع.

---

(١) في س: عوض.
(٢) في س: فيهما.
(٣) في د: المعارضة.
(٤) في س: العقود.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: يستحق.
(٧) في س: كذا.
(٨) سقط في د.

وإن خالع على صداقها على أن الزوج بريء منه، أو قال للزوج: طلقها، وأنت بريء منه - ففيه وجهان:

أصحهما: أنه يقع الطلاق رجعيًا، ولا يلزم الأب شيء.

والثاني: أنه لا يقع الطلاق أصلاً؛ لأن الاختلاع على الصداق يشعر بأنه يتصرف بالولاية، وليست له هذه الولاية؛ فأشبه الوكيل الكاذب.

ورأى الغزالي إجراء هذا الوجه فيما إذا اختلع بعبدها، وذكر أنه لها.

واعلم أن الشيخ لو اقتصر على قوله: وليس للأب أن يخلع امرأة الطفل، [ولا أن يخلع الطفلة][(١)] بشيء من مالها، لعلم أن هذا في حق غيره من طريق الأولى؛ فكان مستغنيًا عنه.

قال: ويصح[(٢)] **مع الزوجة، ومع الأجنبي**، أي: إذا قلنا: إن الخلع طلاق، أو كان بلفظ الطلاق؛ أما صحته من الزوجة فلما قدمناه من الحديث.

وأما صحته من الأجنبي؛ فلأن الزوج له حق على المرأة يجوز لها أن تسقطه[(٣)] عن نفسها بعوض؛ فجاز ذلك لغيرها؛ كما لو كان [له][(٤)] عليها دين.

وفي الذخائر حكاية وجه عن بعض الأصحاب يوافق مذهب أبي ثور: أنه لا يصح[(٥)].

[وأبدى مجلي احتمالاً فيه، وقال: ينبغي أن يفصل؛ فيصح فيما يظهر فيه عوض، ويبطل فيما سواه][(٦)].

أما إذا قلنا: إن الخلع فسخ، فلا يصح من الأجنبي؛ لأن الفسخ من غير علة لا ينفرد به [الرجل][(٧)]؛ فلا يصح طلبه منه.

فرع: إذا كان الأجنبي سفيهًا، فحكمه حكم الزوجة السفيهة، ولو كان عبدًا فحكمه حكم الزوجة الرقيقة، وقد تقدم التفصيل في ذلك.

قال: ويصح بلفظ الطلاق، وبلفظ الخلع.

أما صحته بلفظ الطلاق، فلقوله ﷺ لثابت بن قيس: «اقْبَلِ الْحَدِيقَةَ ، وَطَلِّقْهَا

(١) سقط في س.
(٢) زاد في التنبيه: الخلع.
(٣) في د: تسقط.
(٤) سقط في س.
(٥) في د: الأصح.
(٦) سقط في س.
(٧) سقط في د.

تَطْلِيقَةً»[(١)]، وأما صحته بلفظ الخلع؛ فلأنه اللفظ الموضوع له.

وهل ينعقد بلفظ الاستيجاب والإيجاب؟ الذي ذهب إليه الأكثرون الانعقاد.

وحكى[(٢)] الشيخ أبو محمد طريقة طاردة للخلاف المذكور في النكاح فيه، واستحسنها الإمام والغزالي من جهة القياس.

والظاهر الأول؛ لأن الغرض الأصلي منه الطلاق، وهو يمكن تحصيله بلا عوض، والذي ذكر فهو على سبيل الاقتداء والتبعية؛ ولهذا صح بذل المال على الطلاق من الأجنبي، وأما النكاح فإنه[(٣)] لا يخلو في وضعه عن العوض إلا في غاية الندور؛ فكان أشبه بالبيع.

قال: فإن كان بلفظ الطلاق، فهو طلاق؛ لأنه لا يحتمل غيره، وكذا إن كان بكناية[(٤)] من كنايات الطلاق، ونوى به الطلاق؛ لأن الكناية مع النية كالتصريح[(٥)].

قال: وإن كان بلفظ الخلع، والمفاداة، والفسخ، فإن نوى به الطلاق فهو طلاق، وإن لم ينو به الطلاق، ففيه ثلاثة أقوال.

واعلم[(٦)] أنه كان من حق المصنف أن يقدم [الكلام في][(٧)] المسألة الثانية، ثم يذكر الأولى بعدها؛ إذ هي تتفرع عليها؛ كما ذكر في المهذب، وذكره غيره، وهكذا نفعل، فنقول: إذا وقع عقد الخلع بلفظ الخلع من غير نية الطلاق، ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه طلاق - أي: صريح - فينقص العدد، وإذا جرى ثلاث مرات [فليس له أن][(٨)] ينكحها إلا بمحلل، وهو الذي نص عليه في الإملاء، واختاره صاحب التهذيب؛ لأنها تبذل العوض في مقابلة ما يملكه الزوج من الفرقة، والفرقة التي يملك[(٩)] إيقاعها هي[(١٠)] الطلاق دون الفسخ؛ فانصرف العوض إليه، كسائر الأعواض.

وأما كونه صريحًا في الطلاق، فقد اختلف الأصحاب في مأخذه، [فقيل: مأخذه:][(١١)] أن ذكر المال [انتهض قرينة في إلحاق الكناية بالصريح؛ فكان ذكر المال][(١٢)] قائمًا مقام النية، وهو ما ذكره ابن الصباغ

---

(١) أخرجه البخاري (١٠/ ٤٩٦) كتاب الطلاق، باب: الخلع وكيف الطلاق فيه رقم (٥٢٧٣).

(٢) في س: حكى.
(٣) في س: فلأنه.
(٤) في س: كناية.
(٥) في س: كالصريح.
(٦) في د: اعلم.
(٧) سقط في س.
(٨) في د: لم.
(٩) في س: يملكها.
(١٠) في د: في.
(١١) سقط في س.
(١٢) سقط في س.

وقيل: المأخذ - على ما حكاه الغزالي-: أنه تكرر على لسان حملة الشريعة؛ لإرادة[١] الفراق؛ فالتحق بالمتكرر في القرآن، وإلى هذا ذهب المعظم، وهو الصحيح في النهاية، غير أن عبارتهم: أنه تكرر على لسان العامة[٢].

والقول الثاني: أنه فسخ لا ينتقص به العدد، ويجوز تجديد النكاح بعد تكرره من غير حصر، وهو القديم والمنصوص[٣] في الخلاف، واختاره القاضي[٤] أبو حامد.

وذكر في الإبانة أنه الأصح، وكذلك القاضي أبو الطيب[٥] في آخر تعليقته.

وذكر أبو مخلد البصري[٦]: أن الفتوى عليه، وإن كان في النهاية أن الفتوى بأنه طلاق، ووجهه: أن الخلع فرقة بتراضي الزوجين؛ [فوجب أن يكون من القسم الذي يتصور أن يكون من كل واحد من الزوجين][٧]، وهي فرقة الفسخ.

ولأن الفرقة تحصل بالفسخ كما تحصل بالطلاق، ثم الطلاق ينقسم إلى ما هو بعوض، وإلى ما هو بغير عوض؛ فليكن الفسخ كذلك.

قال الغزالي: وحقيقة الخلاف راجعة إلى أن النكاح هل يقبل الفسخ تراضيًا؟ فعلى قول: يقبله؛ قياسًا على البيع؛ ومن هذا المأخذ جرى الخلاف فيما إذا شرطت المرأة نسبًا، وخرج الزوج دونه مع كونه كفئًا لها في ثبوت الخيار، وقد أشار إلى ذلك الإمام في ضمن فصل يشتمل على الغرور.

فإن قيل: لو كان فسخًا لارتد المسمى في العقد إذا كان قبل الدخول؛ كما في سائر الفسوخ.

فالجواب: أنه قد قيل به، وعلى تقدير التسليم - وهو الأصح - فإنما كان كذلك؛ لأن [الفسخ بالخلع][٨] لا يستند إلى أصل العقد[٩]، وإنما هو عقد مبتدأ، وإنما يجب رد المسمى إذا استند الفسخ إلى أصل العقد؛ كالعيوب؛ هكذا فرق في الذخائر.

والقول الثالث: أنه ليس بشيء؛ فلا تحصل به فرقة طلاق ولا فسخ، وهو المنصوص عليه في الأم.

---

(١) في د: لايراده.	(٢) في س: الغلبة.	(٣) في د: المنصور.
(٤) في س: الشيخ.	(٥) سقط في س.
(٦) هو: أبو مخلد بفتح الميم وسكون الخاء المعجمة صاحب فراسة صادقة وذهن واسع، ويعرف تارة بأبي مخلد البصري، وتارة بصاحب «النفائس»، مات في السنة التي مات فيها والد الروياني. ينظر: طبقات الشافعية لابن هداية الله، ص (١٨٨)، وتهذيب الأسماء (٢/ ٢٦٧).
(٧) سقط في س.	(٨) في س: الخلع.	(٩) في س: العقود.

وقال[(١)] الإمام، والروياني: إنه ظاهر المذهب[(٢)]؛ لأنه كناية في الطلاق، وقد عري عن النية؛ فلم تقع به الفرقة؛ كسائر كنايات الطلاق.

وما ذكر[(٣)] من كون العوض فيه قائمًا مقام النية[(٤)]، فجوابه: أن ذكر العوض قرينة، ومذهب الشافعي: أن قرينة السؤال والغضب لا تجعل الكناية صريحة؛ فكذلك قرينة ذكر المال؛ وهذا إذا جرى العقد بلفظ «الخلع».

فإن كان بلفظ «المفاداة» أو «الفسخ»، فإن قلنا: إن لفظ الخلع طلاق: إما صريح على القول الأول، أو كناية على القول الثالث - فلفظ «الفسخ» كناية.

وفي لفظ «المفاداة» وجهان:

الأصح منهما - وهو ما حكاه في التهذيب-: أنه كلفظ الخلع؛ فيخرج على القولين.

وإن قلنا: إن لفظ الخلع فسخ، ففي لفظ الفسخ[(٥)] وجهان:

أصحهما - وهو المذكور في التهذيب-: أنه صريح، وينسب إلى اختيار القاضي الحسين.

والثاني: أنه كناية، وفي التتمة: أنه اختيار القفال، وفي النهاية نسبته[(٦)] إلى العراقيين.

---

(١) في س: قال.

(٢) قوله: فنقول إذا وقع عقد الخلع بلفظ الخلع من غير نية للطلاق، ففيه ثلاثة أقوال:
أحدها: أنه طلاق، واختاره صاحب التهذيب. وقال في النهاية: إن الفتوى عليه.
والثاني: أنه فسخ لا ينتقص العدد، وهو القديم والمتصور في الخلاف، واختاره القاضي أبو حامد.
وذكر في الإبانة أنه الأصح، وكذلك القاضي أبو الطيب في آخر تعليقته.
وذكر أبو مخلد البصري أن الفتوى عليه.
والثالث: أنه ليس بطلاق ولا فسخ، ونص عليه في الأم.
وقال الإمام والروياني: إنه ظاهر المذهب. انتهى.
وتعبيره بقوله: القاضي أبو حامد، سهو، إنما هو الشيخ أبو حامد. هكذا نقله الرافعي وغيره، ولا شك أن المصنف إنما اعتمد عليه، فإنه قد نقل في كتابه جميع ما ذكره، فمنه ما وقف عليه المصنف ومنه ما لم يقف عليه.
واعلم أن القاضي الحسين قد نقل في كتاب أسرار الفقه، وهو كتاب لطيف نحو حجم التنبيه، يشتمل على فوائد كثيرة: أن القفال قد اختار أيضًا أن الخلع فسخ، واختاره أيضًا من المتأخرين ابن أبي عصرون. [أ و].

(٣) في س: ذكره.

(٤) في س: الكناية.

(٥) في د: المسمى.

(٦) في س: نسبه.

وفي لفظ «المفاداة» أيضًا وجهان:

أظهرهما: أنه صريح؛ كلفظ الخلع، وهو ما جزم به في المهذب.

أما إذا نوى الطلاق بلفظ الخلع، أو المفاداة[١]، أو الفسخ، فقد قال الشيخ - رضي الله عنه-: إنه يكون طلاقًا، ووجهه: أنا إن جعلنا ذلك كناية في الطلاق، فقد اقترنت[٢] به النية؛ فكان طلاقًا؛ كسائر الكنايات.

وإن قلنا: إنه صريح في الطلاق، فالنية تؤكده.

وإن قلنا: إنه فسخ، فالفسخ في الخلع يعتمد التراضي بالفسخ، فإذا لم يقصد الزوج الفسخ، ولم يخطر له ببال، فالتراضي على الفسخ مفقود، وهو سبب الفسخ؛ فلا يثبت، ويثبت الطلاق؛ لأن اللفظ يحتمله، وقد اقترنت به النية، فصار كسائر الكنايات.

وفي المهذب حكاية وجه: أنه إذا أتى بصريح[٣] الخلع، لا يكون طلاقًا، وينفذ في الفسخ، واختاره القاضي الحسين، وهو المذكور في «التتمة» و«الوجيز»، وفي «الوسيط»: أنه الظاهر، وفي «النهاية»: أن المحققين قطعوا به؛ لأنه وجد نفاذًا في موضعه[٤] صريحًا؛ فلا ينصرف إلى غيره بالنية؛ كما لو نوى بلفظ الطلاق الظهار، أو بالعكس.

وفي «الذخائر» إلحاق كل[٥] ما جعلناه صريحًا في الفسخ من المفاداة، والفسخ بالخلع - في هذا المعنى.

قال ابن يونس: والصحيح الأول، وهو الذي يشعر به إيراد صاحب التهذيب؛ حيث قال: وهو فسخ، إلا أن ينوي به الطلاق، وقد قطع به في «الشامل».

والفرق: أن الفسخ والطلاق نوعان يدخلان تحت حيز البينونة، ويشتركان في ثبوت العدة، والطلاق والظهار لا يتقاربان مثل هذا التقارب، ولأن الطلاق يختص بالنكاح؛ [فلا يجعل ما هو صريح فيه صريحًا في حكم آخر يتعلق به، والفسخ لا يختص بالنكاح][٦]؛ فجاز أن يكون كناية فيه.

---

(١) في س: والمفاداة.
(٢) في د: أقرنت.
(٣) في د: تصريح.
(٤) في د: موضوعه.
(٥) في س: كلما.
(٦) سقط في س.

فروع:

إذا قلنا: إن الخلع فسخ، فهل يصح بالكناية: [كالمبارأة][١]، والتحريم، وسائر كنايات الطلاق؛ إذا نوى بذلك الفسخ؟ فيه وجهان محكيان في المهذب وغيره.

والأصح في الشامل والرافعي: أنهما يجريان في لفظ المفاداة والفسخ؛ إذا قلنا: إنه كناية على هذا القول، أما إذا نوى الخلع عاد الخلاف في أنه فسخ أو طلاق.

ولفظ البيع والشراء كناية في الخلع على القولين؛ وذلك بأن يقول: بعت منك نفسك بكذا: فيقول: اشتريت، أو: قبلت، ولفظ الإقالة كناية [فيه أيضًا][٢]، وبيع الطلاق بالمهر من جهة الزوج، وبيع المهر بالطلاق من جهة المرأة - يعبر بهما عن الخلع.

قال الرافعي: فيكونان كنايتين، كما لو قال: بعت منك نفسك.

وفي الزيادات لأبي عاصم العبادي: أن بيع الطلاق مع ذكر العوض صريح، وبدون ذكر العوض فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يقع ما لم ينو.

والثاني: يقع بمهر المثل؛ كذا وقفت عليه، وقد حكاه الرافعي في كتاب الطلاق عنه أيضًا.

وينعقد الخلع بالعجمية؛ كما ينعقد بالعربية، [والله أعلم][٣].

تنبيه: إذا تأملت ما ذكرناه، علمت أن أئمة المذهب قد فرقوا بين لفظ الخلع، والمفاداة، والفسخ في بعض المواضع [على خلاف][٤]، وفي بعض بلا خلاف، وكلام الشيخ - رضي الله عنه - يقتضي التسوية بين الألفاظ الثلاثة في جميع الأحكام التي ذكرها، ولم أر ذلك لأحد فيما وقفت عليه إلا ما حكاه الجيلي، وقال: إنه الأصح في الكتب، وموضع المناقشة لا يخفى على متأمل.

قال: ولا يصح الخلع إلاَّ بذكر العوض؛ لأنه عقد معاوضة؛ فلا بد فيه من ذكر العوض كالبيع[٥].

والمراد من عدم الصحة هنا: عدم البينونة، وأما حصول الفراق من غير بينونة ناجزة إذا كان بعد الدخول، فهو مبني على أنه فسخ أو طلاق.

---

(١) بياض في س.
(٢) في س: بخلاف.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: كالمبيع.

فإن قلنا: إنه فسخ[١]، لغا، ويصير وجود ذلك كعدمه؛ لأن الفسخ بالتراضي لا يكون إلا على عوض.

وإن قلنا: إنه طلاق صريح، ومأخذ الصراحة[٢] ذكر المال، ولم ينو - لغا أيضًا.

أما إذا قلنا: مأخذ الصراحة الشيوع[٣]، أو ذكر العوض، ونوى، أو قلنا: هو كناية ونوى - وقع رجعيًّا؛ إذ ليس من شرط وقوع الطلاق ذكر المال.

وفي التتمة: أنا حيث قلنا: [إن][٤] مأخذ الصراحة الشيوع، فذاك في حالة ذكر العوض، أما عند عدمه فلا؛ لأن استعمال لفظ الخلع من غير ذكر العوض [غير معهود][٥]، فإن نوى الطلاق وقع، وإن لم ينو فلا.

وفي النهاية: أن مساق كلام الأصحاب: أنه لو نفى العوض في الخلع، لم يصح الخلع على [قول][٦] الفسخ، والقياس الحق: صحته بلا عوض؛ فإن النكاح إذا نفي[٧] فيه الصداق انتفى على الأصح.

ومن قال بوجوبه قال: إذا جرى المسيس، وجب لا محالة؛ فليجب بالعقد؛ رعاية لحرمة البضع، ومثل هذا المعنى لا يتحقق في الفسخ[٨]، وهو في وضعه مستغنٍ عن العوض، فتلخَّص من ذلك: أنا إن[٩] قلنا: إن الخلع فسخ [لغا][١٠]؛ على الأصح، وإن قلنا: إنه طلاق، ولم ينو به الطلاق [لم يقع إلا على رأي؛ إذا جعلنا مأخذ الصريح[١١] الشيوع، وإن نوى][١٢] وقع.

وحيث حكمنا بالوقوع، فهل من شرطه قبولها؟ فيه وجهان:

أشبههما - وهو المذكور في التهذيب، واختيار الإمام-: أنه لا حاجة إليه؛ لاستقلال الزوج بالطلاق الرجعي.

والثاني - وهو المذكور في الوجيز-: أنه يفتقر [إلى قبولها][١٣].

ثم هذا الخلاف فيما إذا قال: خالعت، وأضمر التماس جوابها، أما إذا لم

---

(١) في س: لغى.
(٢) في س: الصراح.
(٣) زاد في س: أو ذكر الشيوع.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: بقى.
(٨) في س: بالفسخ، وبعد قوله في بياض قليل.
(٩) في س: إذا.
(١٠) سقط في س.
(١١) في س: الصرائح.
(١٢) سقط في د.
(١٣) سقط في س.

يضمر، أو قال: خلعت[١] فلا حاجة إلى القبول؛ هكذا حكاه الرافعي، و[هو][٢] في النهاية احتمال من عند الإمام، ثم هذه التفاريع كلها على قولنا: إن الخلع المطلق لا يقتضي ثبوت المال.

وقال بعض أصحابنا: إنه يقتضي ثبوته، وهو اختيار القاضي الحسين، وجعله الإمام الأظهر؛ لأن الخلع يوجب المال إذا جرى على خمر أو خنزير، فإذا جرى مطلقا أوجبه كالنكاح؛ فعلى هذا إن جعلناه فسخًا، أو كناية، ونوى - وجب مهر المثل، وحصلت البينونة.

وإن جعلناه كناية، ولم ينو، لغا.

وإن جعلناه صريحًا، فإن قلنا: مأخذه[٣] الشيوع، نفذ [الطلاق على مهر المثل، وإن قلنا: مأخذه المال، لم ينفذ الطلاق.

فرع: إذا قلنا:][٤] مطلق الخلع لا يقتضي المال، فلو نوى المال، فهل تؤثر النية في ثبوته؟ فيه وجهان:

فإن قلنا: تؤثر؛ فلا بد من نيتها أيضًا.

وإن قلنا: لا تؤثر؛ فيقع الطلاق، وتلغى نية المال، أو لا يقع؛ لأنه نوى الطلاق على المال لا مطلقًا؟ فيه وجهان:

[فرع][٥] **آخر**: إذا اختلعت نفسها على ما بقي لها من الصداق، فخالعها الزوج عليه، وكان لم يبق لها عليه شيء، ففي [فتاوى][٦] صاحب التهذيب ذكر وجهين في أنه هل تحصل البينونة بمهر المثل؛ تخريجًا على الخلاف فيما إذا تخالعا من غير تسمية مال، ورجح القول بالحصول.

وفي فتاوى القفال: أنها إن كانت جاهلة بالحال[٧]، فالواجب عليها مهر المثل، أو مثل ذلك القدر، وفيه القولان المعروفان.

وإن كانت عالمة بالحال، فإن كان الجاري بينهما لفظ الطلاق، فتبين، ويعود الخلاف في الواجب، أو يقع رجعيًا؟ فيه وجهان.

---

(١) في س: جعلت.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: مأخذ.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: الحال.

وإن كان الجاري لفظ الخلع، فإن قلنا في الطلاق: يجب، فهاهنا أولى، وإلا فوجهان، بناء على أن لفظ الخلع هل يقتضي ثبوت المال؛ كذا حكاه الرافعي في آخر كتاب الخلع.

قلت: ويتجه أن يجيء بعض هذا التفصيل فيما إذا خالعها على ما في كفها، ولم يكن فيه شيء، وإن كان الغزالي في الوسيط جزم فيها بوقوع الطلاق رجعيًّا.

وفي الشامل والتتمة: أنه[١] يكون بائنًا، والرجوع إلى مهر المثل.

وفي الرافعي: أنه يشبه أن يكون جواب الغزالي فيما إذا كان عالمًا بصورة الحال، والثاني فيما إذا ظن في كفها [شيئًا][٢]، والله أعلم.

قال: فإن قال: أنت طالق وعليك ألف، وقع الطلاق[٣] **رجعيًّا**[٤] - أي: إذا كان بعد الدخول، ولم يستوف بذلك [عدد الطلاق، ولم يسبق منها طلب، سواء قبلت، أو لم تقبل؛ لأنه أوقع الطلاق][٥] مجانًا، ثم استأنف الإخبار عن إيجاب العوض من غير طلاق؛ فأشبه ما لو قال: وعليك حج وهذا بخلاف [ما لو قالت: طلقني وعلى ألف][٦]، فطلقها حيث قلنا: يقع الطلاق بائنًا بالألف [منها][٧].

والفرق: أن الذي يتعلق بالمرأة من هذا العقد التزام المال، فيحمل اللفظ منها[٨] على الالتزام، والزوج ينفرد بالطلاق، فإذا لم يأت بصيغة المعاوضة، حمل كلامه على ما ينفرد به.

وفي التتمة: أنه إذا شاع في العرف استعمال لفظ المسألة[٩] في طلب العوض والتزامه، كان كما لو قال: طلقتك على ألف.

أما إذا سبق منها الطلب، فقالت: طلقني بألف، فقال: أنت طالق، وعليك ألف استحق الألف؛ ولكن بقوله: أنت طالق؛ إذ السؤال كالمعاد في الجواب.

ولو قالت: طلقني ببدل فقال: أنت طالق بالبدل أو أطلق، فتحصل البينونة بمهر المثل.

ولو قال - والصورة هذه-: [أنت طالق، وعليك ألف][١٠]، فإن قبلت حصلت البينونة، وإلا لم يقع الطلاق.

---

(١) في س: أن.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: طلاق.
(٤) في التنبيه: وقع طلاق رجعي.
(٥) سقط في د.
(٦) في س: ما لو قال: علي ألف.
(٧) سقط في س.
(٨) في س: منهما.
(٩) في د: المنهلة.
(١٠) سقط في س.

قال: وإن ضمنت له الألف، لم يصح الضمان؛ لأنه ضمان ما لم يجب، فإن دفعت إليه الألف، كانت هبة يشترط فيها شرائط الهبة، ولو قال الزوج: أردت بقولي: [وعليك ألف][١] الإلزام، وعنيت ما يعنيه القائل بقوله: طلقتك على ألف- لم يصدق، فإن وافقته المرأة فوجهان:

أصحهما: أنه يؤثر، وتبين منه بالألف، ويكون المعنى: ولي عليك ألف عوضًا عنه.

ولو قال: أنت طالق على أن لي عليك ألفًا، فقبلت، صح الخلع، ووجب المال، كذا نقله العراقيون حكاية عن الإمام؛ لأن كلمة «على» كلمة شرط، فجرى مجرى قوله: أنت طالق على ألف، بخلاف: وعليك[٢] ألف؛ فإنه استئناف لا شرط.

وقال العمراني[٣]: ظاهر هذا: أنه شرط، والطلاق لا يقبل الشرط؛ فيلغو، ويقع الطلاق رجعيًّا.

و[٤] مراده: أن الصيغة صيغة شرط، والشرط في الطلاق يلغو إذا لم يكن من قضاياه، كما لو قال: أنت طالق على ألاَّ أتزوج بعدك، أو: على أن لك علي كذا.

قال: وإن قال: أنت طالق على ألف، فقبلت[٥]، **بانت، ووجب المال**[٦]:

أما وجوب المال؛ فلقبولها.

وأما البينونة؛ فلأن الطلاق وقع؛ لوجود شرطه، وهي إنما بذلت المال؛ لتملك البضع؛ فلا يملك الزوج ولاية[٧] الرجوع إليه؛ كما أن الزوج لما بذل المال صداقًا؛ ليملك البضع، لا يكون للمرأة ولاية[٨] الرجوع إلى البضع.

ولو استدل مستدل بقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، لدل على الحكمين.

والمراد بالمال الواجب: المسمى إن سميا مالاً في العقد، أو ما نوياه[٩]؛ إن لم يسميا، أو مهر المثل عند عدم التسمية والنية؛ هكذا صرح به ابن الصباغ.

وفي الوسيط: أنهما إن لم يسميا شيئًا في العقد، وتوافقا على إرادة نوع واحد؛ فلا خلاف أن ذلك لا يحتمل في الخلع، ويكون الخلع على مجهول.

وفي الوسيط حكاية ذلك عن العراقيين.

---

(١) في س: الألف.
(٢) في س: عليك.
(٣) في س: الغزالي.
(٤) في س: أو.
(٥) في التنبيه: وقبلت.
(٦) زاد في س: رد.
(٧) في س: لأنه.
(٨) في س: لأنه.
(٩) في س: نواه.

وفرق في الوسيط بين ذلك، وبين ما إذا خالعها على ألف درهم، وفي البلد نقود مختلفة، وتوافقا على إرادة نوع واحد منها[١] بالنية؛ فإن الأظهر فيها الصحة، وأن ذلك محتمل، وهو ما نقله الإمام عن العراقيين لا غير؛ لأن اللفظ في إطلاق الألف صريح في الإجمال، ولم يوجد سوى مجرد العدد، وهو لا ينبيء عن ماهية جنسية، ولا نوعية؛ بخلاف الدراهم؛ فإنه لم يبق إلا التفصيل بالصفات.

ثم قال: وفي كلام القاضي ما يدل على أن عموم الألف كعموم الدراهم، ونقله الإمام عنه صريحًا.

قال الرافعي: وإذا تأملت كتب شيخي العراقيين: أبي حامد، وأبي الطيب، وغيرهما - وجدتها[٢] متفقة على ما ذهب إليه القاضي.

قلت: ويؤيد ذلك ما تقدمت حكايته في كتاب النكاح، وهو أن الرجل إذا كان له ابنتان[٣]، فقال لرجل[٤]: «زوجتك بنتي»، ونويا واحدة بعينها: أن النكاح ينعقد على المنوية[٥]؛ على ما صار إليه العراقيون، وصاحب التهذيب، مع أن الشهادة شرط فيه، ولا مطلع للشهود على النية، فإذا جوزنا ذلك مع ما ذكرناه، فلأن نُصَحِّحَ[٦] الخلع على المنوي أولى.

وذكر الشيخ أبو محمد طريقة أخرى في المسألة، فقال: إن لم يتواضعا على [أن][٧] المراد بالألف ماذا[٨]؟ فليس إلا القطع بفساد الخلع والرجوع إلى مهر المثل.

وإن تواضعا قبل العقد على أن يعنيا بالألف جنسًا - ونوعًا[٩]، وأحاطا به، فالخلع ينعقد؛ وهذا يلتفت على التردد في مهر السر والعلانية؛ هكذا أطلقه الإمام.

وفي [الوسيط][١٠] تخصيص ذلك بإرادة نوع من الدراهم.

قال: ويجوز على الفور، وعلى التراخي، أي: الخلع منه ما يكون القبول فيه على الفور، ومنه ما يكون على التراخي؛ لأن الزوج إذا بدأ بالطلاق، وذكر العوض[١١]، كان معاوضة فيها شائبة التعليق:

أما [جهة][١٢] المعاوضة؛ فلأنه يأخذ مالاً في مقابلة ما يخرجه عن ملكه.

---

(١) في س: منهما.
(٢) في س: وجدتهما.
(٣) في س: نبات.
(٤) في س: الرجل.
(٥) في س: المنوبة.
(٦) في د: تصححوا.
(٧) سقط في س.
(٨) في س: فإذا.
(٩) في س: أو نوعًا.
(١٠) سقط في س.
(١١) في س: المعوض.
(١٢) سقط في س.

وأما[١] شائبة التعليق؛ فلأن وقوع الطلاق يترتب على قبول المال وبذله؛ كما يترتب الطلاق المعلق بالشروط عليها[٢]، ثم تارة يغلب معنى المعاوضة، فتشترط الفورية؛ كما في عقود المعاوضات، وتارة معنى التعليق؛ فلا تراعى الفورية؛ وتارة يراعى المعنيان، ويختلف ذلك بالصيغ المأتي بها، وقد بين الشيخ ذلك بمثال[٣] فقال: فإذا [قال][٤]: خلعتك على ألف أو: أنت طالق علىَ ألف، أو: إن ضمنت لي ألفًا أو: [إن أعطيتني ألفًا][٥]، أو: إذا أعطيتني ألفًا فأنت طالق - لم يصح حتى يوجد القبول، أي: في الصور الثلاث الأول، والعطية، أي: في الصورتين الأخيرتين عقيب الإيجاب.

وفي الجيلي: جعل صورة الضمان مثل صورة الإعطاء؛ فلا يقع فيها طلاق ما لم يقع الإعطاء.

وتوجيه ما قاله[٦] الشيخ:

أما في المسألتين الأوليين؛ فلأن الصيغة صيغة معاوضة ليس فيها ما يدل على التعليق؛ فكان جوابها على الفور؛ كما في البيع.

وأما في الباقي؛ فلأن «إن» و «إذا» يحتملان الفور والتراخي، فإذا اقترن بهما ذكر العوض، حملا على الفور؛ لأن المعاوضات تقتضي الجواب على الفور؛ فخصصناهما بحكم المعاوضة، وقصرناهما[٧] على أحد محتمليهما.

وفي التتمة: أن اشتراط تعجيل الإعطاء مخصوص بما إذا كانت الزوجة حرة، أما إذا كانت أمة، فلا يعتبر الفور في حقها، ويقع الطلاق مهما أعطته؛ لأنها لا تقدر على الإعطاء في المجلس؛ لأنه لا يد لها، ولا ملك، وأنها إذا أعطته الألف من كسبها، حصلت البينونة؛ لوجود الصفة، وعليه رد المال للسيد، ومطالبتها بمهر المثل إذا عتقت.

قلت: ويتجه أن يكون في حصول البينونة خلاف[٨]؛ كما إذا أعطته الحرة مغصوبًا، ويؤيده ما نقله في التهذيب، وهو ما إذا قال لامرأته الأمة: إن أعطيتني ثوبًا فأنتِ طالق، فأعطته ثوبًا، لم تطلق.

وفي الرافعي حكاية وجه: أن الإعطاء إذا وجد قبل التفرق[٩] من المجلس يوقع

---

(١) في س: أو ما.
(٢) في س: عليهما.
(٣) في س: بالمثال.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: قال.
(٧) في س: وحضرناهما.
(٨) في س: فما.
(٩) في س: التفريق.

الطلاق وإن طالت المدة، ويجعل مجلس التخاطب جامعًا؛ كما في العرف[١].

وفي الوسيط حكاية وجه: أنه لا يختص [الإعطاء بمجلس أيضًا][٢]؛ كسائر التعليقات.

وقال الرافعي: إنه يحكي[٣] عن شرح التلخيص.

والشيخ - رضي الله عنه - [في المهذب اختار من عند][٤] نفسه أن «إذا» تلتحق بـ «متى»؛ لأنها تسد مسدها في قول القائل: متى ألقاك؟؛ فإنه يحسن أن يقول: إذا شئت، كما يحسن أن يقول: متى شئت، بخلاف «إن» فإنه لا يحسن أن يقال في جوابه[٥]: إن شئت.

واعلم أن القبول في المسألة الأولى أن تقول: قبلت الألف، ولا يشترط أن تقول: اختلعت.

وفي فتاوى القفال: أن أبا يعقوب غلط، فقال: لا بد أن تقول: اختلعت، وفي المسألة الثانية أن تقول: قبلت الألف، والإتيان باللفظ شرط على ما حكاه الرافعي.

و[قال][٦] مجلي، وصاحب الشامل، والمتولي: إنها إذا دفعت [له][٧] الألف على الفور، وقع الطلاق؛ لأنه طلقها على الألف، فكيف حصلت له؛ وقع بها الطلاق[٨].

وفي المسألة الثالثة أن تقول: ضمنت، ولا يقوم مقامه[٩] الإعطاء؛ على ما حكاه في الشامل.

---

(١) في س: الصداق.

(٢) في س: إعطاء بالمجلس.

(٣) في س: محكى.

(٤) في س: أداء في المهذب من عند.

(٥) في س: الجواب.

(٦) سقط في د.

(٧) سقط في س.

(٨) قوله: والقبول في المسألة الثالثة وهي «أنت طالق على ألف»، أن يقول: قبلت الألف، والإتيان باللفظ شرط على ما حكاه الرافعي، ومجلي، وصاحب الشامل والمتولي: أنها إذا دفعت له الألف على الفور وقع الطلاق؛ لأنه طلقها على الألف فكيف حصلت له؛ وقع بها الطلاق. انتهى لفظه بحروفه.
وحاصله: أن بعض المذكورين قد خالف الرافعي وليس فيه تمييز القائل، ثم إنه عبر عن هذه المخالفة المبهم قائلها بعبارة مبهمة -أيضًا- غير دالة على المعنى. [أ و].

(٩) في س: مقام.

وعلى ما قاله الجيلي: يكفي[١] الإعطاء.

والإعطاء الذي يقع به الطلاق في المسألة الرابعة والخامسة: أن يسلم إليه فيقبضه، وإن وضعته بين يديه، وأذنت له في قبضه كفى، وإن امتنع الزوج من القبض.

وفي شرح الجويني [حكاية وجه][٢]: أنه لا يكفي الوضع بين يديه، بل لا بد من التسليم، والتسلم.

وفي الذخائر: أنها إذا مكنته من القبض، ولم يقبض، وقع الطلاق، لكن[٣] هل يستحق عين الألف، أو لها الإبدال بغيرها على قول ملك العوض؟ فيه وجهان.

فرعان:

أحدهما: لو قال: أنت طالق بألف، فقبلت بألفين، ففي الشامل، والتتمة: أنه يصح، ولا يلزمها الألف الزائد.

وفي التهذيب وغيره: أنه لا يصح؛ كما في مثله في البيع.

نعم: إن قال: إن أعطيتني ألفًا، أو: إن ضمنت لي ألفًا، فأنت طالق، فأعطته ألفين، أو ضمنت، طلقت بالإعطاء في الأولى، وبالضمان في الثانية.

وفي ابن يونس حكاية وجه: أنه لا يقع إذا أعطته [ألفين][٤].

الثاني: إذا أعطته ما علق طلاقها عليه، هل يملكه الزوج؟ فيه وجهان:

المشهور منهما: أنه يدخل في ملكه.

والثاني: المنع، وينقل عن رواية الشيخ أبي علي؛ فيرد[٥] العوض، ويرجع إلى مهر المثل.

قال الرافعي: وهذا الوجه يجري فيما إذا قال: إن ضمنت لي ألفًا فأنت طالق، فقالت: ضمنت.

قال: وله أن يرجع فيه قبل القبول - أي: والعطية - كما ذكره[٦] في المهذب:

أما في المسألتين الأوليين؛ فلأن الصيغة صيغة معاوضة؛ فجاز الرجوع فيها قبل القبول[٧]؛ كما في البيع، وسائر العقود.

وأما في الباقي؛ فلأنه يشترط أن يكون الضمان والإعطاء على الفور؛ تغليبًا لشائبة المعاوضة؛ فوجب أن يثبت [له][٨] الرجوع - أيضًا - تغليبًا لهذه الشائبة؛

---

(١) في س: يلغى.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: ولكن.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: فترد.
(٦) في س: ذكر.
(٧) زاد في س: تغليبًا لشائبة المعاوضة.
(٨) سقط في س.

إذ هو من أحكام المعاوضة.

وفي «الزيادات» لأبي عاصم العبادي: أنه ليس له الرجوع فيما إذا قال: خالعتك على ألف، وطرده في السيد [فيما][(١)] إذا قال لعبده: أنت حر على ألف، أو قال ولي الدم لمن عليه القصاص[(٢)]: صالحتك من دم العمد على ألف درهم، وجوزناه: أنه ليس لهما الرجوع قبل القبول؛ لأن ذلك لا يحتمل الانتقاض بعد وقوعه، وفي الطلاق والعتاق معنى اليمين.

وقال أبو الطيب بن سلمة: له الرجوع.

وفي التهذيب: حكاية خلاف[(٣)] في الصور الثلاث الأخيرات في جواز الرجوع فيهن قبل الضمان والإعطاء، وقدم في إيراده عدم الجواز، وهو المذكور في التتمة والوسيط، فيما إذا كان التعليق بـ «إن».

قال الرافعي: ويقرب مما قاله الشيخ في المهذب ما حكاه القاضي ابن كج عن أبي الطيب بن سلمة: [أن][(٤)] الزوج بالخيار بين أن يقبل الألف التي أحضرته، وبين أن يترك.

قلت: وهذه المادة مأخوذة من وجه حكيناه من قبل [في][(٥)] أن الوضع بين يديه لا يكفي، بل لا بد من التسليم والتسلم.

أما إذا قلنا: إن الوضع بين يديه كافٍ[(٦)]؛ فلا يجتمع معه القول بالتخيير.

فإن قيل: الشيخ - رضي الله عنه - خصص [جواز][(٧)] الرجوع بما قبل القبول؛ فيجوز أن يكون اختياره عدم الجواز قبل الإعطاء؛ تغليبًا لشائبة التعليق؛ كما حكيناه عن غيره؛ إذ لو كان الحكم عنده في الجميع واحدًا؛ لعممّ الجواب؛ كما عممه في اشتراط الفورية.

قلنا: يمكن أن يجاب عن ذلك بأن من قال بعدم جواز الرجوع، طرده في صورة ما إذا قال: إن ضمنت لي ألفًا؛ لأن المأخذ تغليب شائبة التعليق، والشيخ - رضي الله عنه - كلامه يقتضي أنه يجوز في صورة الضمان؛ لأنه مما يتوقف

---

(١) سقط في د.
(٢) في س: قصاص.
(٣) في س: الخلاف.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: كان.
(٧) سقط في س.

وقوع الطلاق فيه على القبول دون الإعطاء؛ كما حكيناه عن الشامل، فلو قال به، لكان قولاً ثالثًا، ولم يصر إليه أحد.

ولقائل أن يقول: لا نسلم أن صورة الضمان مما يعتبر فيها القبول، بل يكفي فيها الإعطاء؛ كما حكيتم ذلك عن الجيلي، وعلى تقدير تسليم ذلك، فممكن[١] أن يفرق بينه وبين صيغة الإعطاء؛ فإنه لما كان القبول فيها متعينًا مع[٢] اشتراط الفورية شابهت عقود المعاوضات؛ فغلبنا شائبة المعاوضة؛ لقوة الشبه[٣]، بخلاف صورة الإعطاء؛ فإنها لما خلت عن[٤] اعتبار اللفظ، ووجدت[٥] صيغة التعليق، لم تشابه عقود المعاوضات؛ فغلبنا فيها شائبة التعليق، ويكون هذا اختيار الشيخ وإن لم يقل به أحد، كما اختار في إذا أن حكمها حكم متى على ما هو في المهذب.

واعلم أن ابن يونس قال في هذا الموضع: وأما الصورة الثالثة والرابعة، فالذي ذكره الشيخ - رحمه الله-: أن له الرجوع قبل القبول، وهذا الكلام يفهم أن ذلك يحتاج إلى القبول، [وهو مسلم في الصورة الثالثة، وأما الصورة الرابعة، فلا يعتبر فيها القبول][٦].

فرع: إذا قال لامرأتيه: طلقتكما بألف فقبل قبولهما، هل يجوز للزوج الرجوع؟ فيه وجهان:

وجه عدم الجواز: أن كلامه يتضمن تعليق طلاق كل واحدة منهما بقبول صاحبتها؛ إذ لو لم تقبل، لما وقع الطلاق، وتعليق الطلاق لا يقبل الرجوع؛ حكاه في المهذب.

قال: وإن قال: متى ضمنت لي ألفًا أو: متى أعطيتني ألفًا فأنت طالق جاز القبول - أي: والعطية - في أي وقت شاءت؛ وكذا لو قال: في أي وقت، أو: في أي زمان، أو: حين، أو: مهما؛ لأن هذا اللفظ[٧] صريح في التراخي، ونص عليه، لا يحتمل سواه؛ بدليل ما لو قال: متى[٨] أعطيتني الساعة، كان محالاً، وما كان كذلك، فلا يتغير بالقرائن؛ لأن النص لا يتبدل معناه، ولا ينقسم مقتضاه؛ كذا قاله في الذخائر؛ وهذا بخلاف جانب المرأة؛ فإنها لو قالت: [متى طلقتني، فلك ألف][٩]، اختص الجواب بمجلس التواجب.

---

(١) في س: يمكن.
(٢) في س: منع.
(٣) في س: الشبهة.
(٤) في س: من.
(٥) في س: ووحد.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: الألفاظ.
(٨) في س: لو.
(٩) زاد في س: علي.

وفرق بينهما الغزالي بأن الغالب على جانبه التعليق، وعلى جانبها المعاوضة، ثم قال في الفصل الثالث في استدعائها زمانًا مؤقتًا: إنها إذا قالت [له][(١)]: خذ مني ألفًا، وأنت مخير في تطليقي من يوم[(٢)] إلى شهر، فطلقها في الشهر على قصد الإجابة - أنه يستحق مهر المثل، بخلاف قولها: متى ما طلقتني فلك ألف؛ فإن متى وإن كان ظاهرًا في التأخير؛ فلا يستحق العوض إلا بطلاق [في المجلس][(٣)]؛ لأن قرينة العوض قابلت عموم اللفظ، فخصصته بالمجلس.

أما هاهنا [فقد][(٤)] رفعت الاحتمال بالتصريح والتخيير [في الشهر][(٥)].

قلت: وما ذكره [معارض بما ذكره في الذخائر، وعلى تقدير التسليم، فهو موجود فيما إذا أتى الزوج][(٦)] بصيغة متى، ولم تعتبر الفورية في قبولها.

ثم قال: ومن الأصحاب من نقل الجواب من كل مسألة إلى الأخرى، وسوى بينهما، يريد: في اشتراط التعجيل وعدمه.

أما المسمى، فصحيح في مسألة متى بلا خلاف؛ على ما حكاه الرافعي.

وفي المسألة الأخرى لا يثبت.

وفيما يجب طريقان:

أحدهما: مهر المثل [كما ذكره الغزالي.

والثاني: مهر المثل][(٧)]؛ على قول، وبدل المسمى على قول.

فإن قيل: قد قلتم: إن الخلع من جانب المرأة معاوضة محضة نازعة إلى الجعالة، والجعالة لا يشترط في استحقاق عوضها حصول المقصود في المجلس بلا خلاف؛ فهلا كان الأمر هاهنا كذلك؟

فالجواب: أن الجعالة إنما جوزها الشرع؛ للحاجة الماسة إليها، ولا يتأتى فيها حصول المقصود على التعجيل؛ فإنها تفرض[(٨)] في الأمور المجهولة: كرد الآبق[(٩)]، وغيره؛ فاستحال اشتراط التعجيل فيها، والزوج هنا يتمكن من تعجيل المقصود، وهو الطلاق؛ فلا ضرورة في إخراج عقد المعاوضة عن وضعه.

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: اليوم.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في س.
(٨) في س: تعوض.
(٩) في س: الغائب.

قال: وليس للزوج الرجوع(١) في ذلك؛ لأنه تعليق طلاق بصفة، لم تغلب فيه شائبة المعاوضة؛ فكان كسائر التعليقات.

فرع: إذا قال: طلقتك إذا جاء رأس الشهر، أو: إذا دخلت الدار عليَّ ألف، فقبلت، [أو](٢) قالت: علق طلاقي برأس الشهر - أو بدخول الدار - على ألف، فعلق، فظاهر المذهب وقوع الطلاق عند وجود المعلق عليه.

وفيه وجه: أنه لا يقع.

وعلى المذهب: يشترط القبول على الاتصال.

وعن القفال احتمال وجه: أنها بالخيار بين أن تقبل في الحال، أو عند وجود الصفة.

ثم الواجب مهر المثل أو المسمى؟ فيه وجهان، ويقال: قولان:

الذي رجحه الأكثرون منهما قول وجوب المسمى، وإذا قلنا به؛ ففي التتمة وجهان في أنه متى يلزم تسليمه؟

أحدهما: عند وجود المعلق عليه.

والثاني: في الحال، وهو اختيار ابن الصباغ، فإن تعذر تسليم المعوض(٣)؛ لزم رد العوض.

والوجهان متفقان على أن المال ثابت في الحال، وكذلك ذكره في التهذيب.

وفي مجاميع الإمام، والغزالي: أن المال إنما يجب عند حصول البينونة.

قال: وما جاز أن يكون صداقًا من قليل، وكثير، ودين، وعين، ومال، [و](٤) منفعة - يجوز أن يكون عوضًا في الخلع؛ لعموم قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

ولأنه عقد على منفعة البضع؛ فجاز بما ذكرناه؛ كالنكاح.

واعلم أن قول الشيخ - رحمه الله تعالى-: ومال يشعر بأن العين يجوز أن تكون غير(٥) المال، وليس كذلك، ولعل مراده بالمال: ما يبذل المال في مقابلته وإن لم يكن عينًا؛ كالعفو عن القصاص؛ فإنه يجوز جعله صداقًا.

قال: وما لا يجوز أن يكون صداقًا من محرم(٦)، أو مجهول، لا يجوز أن

---

(١) في التنبيه: أن يرجع.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: العوض.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: عين.
(٦) في س: حرام.

يكون عوضًا في الخلع؛ وكذا الآبق، وما لا يجوز بيعه؛ قياسًا على النكاح والبيع.

وفي الذخائر: أن بعض أصحابنا صحح الخلع على الآبق، والمذهب الأول.

قال: **فإن ذكر المسمى صحيحًا، استحقه**[١] **، وبانت منه المرأة**؛ لما قدمناه، وهل يثبت خيار المجلس في البدل؟ فيه وجهان محكيان في الشامل في كتاب البيع، فإن قلنا: يثبت، ففسخ - كان الطلاق رجعيًّا.

قال: **وإن طلقها**[٢] **على مال، وشرط فيه الرجعة، سقط المال، وثبتت**[٣] **الرجعة في أصح القولين**؛ لأن [شرط][٤] المال والرجعة متنافيان؛ فيسقطان، ويبقى مجرد الطلاق، وقضيته[٥] ثبوت الرجعة.

وفيه قول آخر: أنه لا تثبت الرجعة، بل يسقط المسمى، ويجب مهر المثل، وهو اختيار المزني، ورجحه الإمام والبغوي، ووجّه القياس على ما إذا خالعها وهي حامل على ألاَّ ينفق عليها في مدة الحمل.

ولأن الخلع لا يبطل بالعوض[٦] الفاسد؛ فلا يبطل بالشرط الفاسد؛ كالنكاح.

وفي المسألة طريقة قاطعة بالقول الأول، ورجحها بعض[٧] النقلة.

قال: **وإن**[٨] **ذكر بدلاً فاسدًا** - [أي][٩]: بأن سمى مجهولاً، أو خمرًا، أو خنزيرًا، [أو حرًّا][١٠]، أو مغصوبًا، أو ميتة - **بانت، ووجب مهر المثل**؛ لأنه عقد على منفعة البضع[١١]؛ فلا يفسد بفساد العوض، ويكون موجبًا لمهر المثل؛ كالنكاح.

أما إذا سمى: دمًا؛ فيقع الطلاق رجعيًّا؛ لأنه لا يقصد بحال.

ولو خالعها على ما [في][١٢] هذه الجرة[١٣]، فإذا هو خمر، أو على هذا العصير، فبان خمرًا، أو على عبد، فخرج حرًّا أو مستحقًّا - فله مهر المثل في القول الجديد، وعلى قوله القديم: يجب البدل.

قال في الشامل: [و][١٤] في مسألة العصير نظر؛ لأن الخل مجهول؛ فلا يمكن الرجوع إليه.

---

(١) في س: استحقته.
(٢) في س: خالعها، وفي التنبيه: خالعها.
(٣) زاد في س: فيه.
(٤) سقط في د.
(٥) في س: قضية.
(٦) في س: بالبدل.
(٧) في د: معظم.
(٨) في س: فإن.
(٩) سقط في س.
(١٠) سقط في س.
(١١) في س: بضع.
(١٢) سقط في س.
(١٣) في د: المحبرة.
(١٤) سقط في س.

وفي الوسيط: أنه إذا خالع على مجهول، وجب مهر المثل، وإن خالع على خمر، أو خنزير، أو مغصوب، ففي الرجوع إلى مهر المثل أو القيمة قولان؛ كما ذكرنا في الصداق، وما ذكره[١] يناظر طريقة حكيناها في الصداق عن التتمة.

وعن القاضي الحسين: أنه إذا خالع على خمر[٢]، أو مغصوب، أو حر-: أنه يقع الطلاق رجعيًّا؛ لأن المذكور ليس بمال؛ فلا يظهر[٣] طمعه في شيء؛ وهذه العلة ترشد إلى أن ذلك فيما إذا صرح بذكر الخمرية وغيرها.

وقال في التهذيب في فصل اختلاع الولي: إنه إن كان الخلع مع الأجنبي فيقع [الطلاق][٤] رجعيًّا، وإن كان مع الزوجة فيقع بائنًا.

والفرق: أن المرأة [تبذل المال][٥]؛ لتصير [منفعة البضع][٦] إليها، والزوج لم يبذل الملك[٧] إليها مجانًا، [بل بعوض][٨]؛ فلزمها المال.

والأجنبي يبذل ليخلص الزوجة، ولا تصير منفعة البضع له؛ [فهو متبرع][٩]، لا معتاض[١٠]، فإذا أضاف المال إلى غيره، فقد أبطل تبرعه.

وفي التتمة حكاية وجه على قولنا: إن الخلع فسخ-: أنه[١١] لا تحصل الفرقة في سائر صور الفساد من أصل، وهو ما إذا خالعها ولم يذكر عوضًا.

قال: **وإن قال: إن أعطيتني عبدًا ولم يصفه، ولم يعينه فأنتِ طالق، فأعطته عبدًا** - أي: تملكه[١٢] على الفور، بانت، ولكنه لا يملكه الزوج، بل يرده، ويرجع إلى مهر المثل:

أما[١٣] وقوع الطلاق؛ فلوجود الصفة المعلق عليها.

وأما كونه بائنا؛ فلأنه طلاق بعوض، وإنما لم يملكه الزوج، ويرجع إلى مهر المثل؛ لأنه عوض مجهول، والمجهول لا يصلح عوضًا؛ فرجع إلى عوض البضع، وهو مهر المثل.

---

(١) في س: ذكرته.
(٢) زاد في س: أو خنزير.
(٣) في س: طعمه.
(٤) سقط في د.
(٥) في س: تبدل المرأة.
(٦) في س: المنفعة.
(٧) في س: المالك.
(٨) سقط في س.
(٩) في س: فيصير متبرعًا.
(١٠) في س: متعاض.
(١١) في س: لأنه.
(١٢) زاد في س: أي.
(١٣) زاد في س: في.

وحكى القاضي ابن كج والحناطي وجهًا: أنه يقع الطلاق رجعيًا، ولا يلزمها مهر المثل، وإنما يلزم ذلك إذا ابتدأت، فسألت الطلاق على عوض، فقال في الجواب: إن أعطيتني عبدًا فأنت طالق، فأعطته، والمذهب الأول.

ولا فرق بين أن يكون العبد صغيرًا أو كبيرًا، مدبرًا أو معلقًا عتقه بصفة، مسلمًا أو كافرًا، سليمًا(١) أو معيبًا.

قال: **وإن أعطته مكاتبًا أو مغصوبًا [لم تطلق]**(٢) وكذا لو قال لأجنبي(٣): إن أعطيتني أمة، فزوجتي طالق، فأعطاه أم ولده؛ لأن الإعطاء ينبني [على ما يقدر](٤) على تمليكه.

وفي إعطاء المكاتب والمغصوب وجه أنها تطلق.

قال الرافعي: وربما جاء مثله في أم الولد، ووجهه: أن الرجوع إلى مهر المثل؛ فلا معنى لاشتراط الملك.

قلت: ويمكن أن يكون منشأ الخلاف ما تقدم من أن إعطاء الموصوف على الصفة هل يقتضي الملك، أم لا؟ فإن قلنا: يقتضيه - وهو المذهب - لا يقع، وإلا وقع.

ويجري الخلاف فيما لو قال: إن أعطيتني ألف درهم فأنت طالق، فأعطته ألفًا مغصوبًا.

وحكم المرهون والمستأجر من غيره، والمملوك(٥) بعضه - حكم المغصوب، وكان يتجه أن يكون في المستأجر خلاف مبني على جواز بيعه(٦).

---

(١) في د: خالفًا.	(٢) سقط في س.	(٣) في س: الأجنبي.
(٤) في س: عما يقدم.	(٥) في س: الحر.
(٦) قوله: وإن قال: إن أعطيتني عبدًا فأنت طالق ولم يصفه، فأعطته مكاتبًا أو مغصوبًا؛ لم تطلق على الصحيح.
ثم قال: وحكم المرهون والمستأجر من غيره والمملوك بعضه - حكم المغصوب، وكان يتجه أن يكون في المستأجر خلاف مبني على جواز بيعه. انتهى كلامه.
وما حاوله بحثًا من مجيء الخلاف قد سبقت حكايته له، فإنه قد صرح بأنه كالمغصوب، وفي المغصوب وجهان سبق ذكرهما في الكلام الذي نقلته عنه، إلا أنه لم يصرح بالتخريج.
نعم، ذكر في الروضة هنا كلامًا من زوائده، فقال: يجري الخلاف في المستأجر إذا لم يجوز بيعه، وإلا فهو كغيره والله أعلم.
والذي ذكره - أعني: النووي - كلام متجه، فإن كان هو مراد المصنف وهو الظاهر؛ فتكون العبارة قد تحرفت عليه، وذهل عن ذكر النووي له. [أ و].

فروع:

لو قال: إن أعطيتني عبدًا مغصوبًا فأعطته [فهو كالمخالعة على المغصوب، وقد تقدم.

ولو قال: إن أعطيتني خمرًا فأعطته][١] بانت، ووجب مهر المثل، فلو كانت مغصوبة[٢] بأن كانت محترمة[٣]، فإن قلنا في العبد المغصوب: إنه يقع، [فهنا أولى.

وإن قلنا: لا يقع][٤]، فهنا وجهان:

أظهرهما: الوقوع.

ولو قال: إن أعطيتني حرًّا، فأنت طالق، فأعطته؛ فهو كما لو ذكر الخمر.

وفيه وجه: أنه يقع رجعيًّا، وادعى الغزالي [أنه الظاهر][٥].

قال: **وإن خالعها على عبد موصوف في ذمتها** - أي: بصفات[٦] السَّلَم - **فأعطته معيبًا، بانت** - أي: بالقبول - لا بالإعطاء؛ لتمام عقد النكاح، **وله أن يرد، ويطالب بعبد سليم**؛ كما في السلم.

قال: **وإن قال: إن أعطيتني عبدًا من صفته كذا وكذا** أي: وذكر صفات السلم-[فأنتِ طالق][٧] **فأعطته** - أي: على الفور **عبدًا على تلك الصفة، بانت**؛ لوجود الصفة.

قال: **وإن كان معيبًا، فله أن يرده**؛ لأن الإطلاق يقتضي السلامة، **ويرجع بمهر المثل في أحد القولين، وهو الأصح، وبقيمة العبد** - أي: سليمًا - **في القول الآخر**، وهما مبنيان على أن بدل الخلع في يد الزوجة مضمون ضمان عقد أو ضمان يد، وفيه خلاف تقدم نظيره في الصداق، وليس للزوج المطالبة بعبد سليم - كما في المسألة قبلها - لأن هناك العبد ثبت[٨] في الذمة؛ فأشبه المسلم فيه، وهنا لم يلزمه في ذمتها، وإنما هو علق الطلاق بتسليمه؛ فتعين بالتسلم، وصار كالمعين في العقد.

وفي كتاب الحناطي حكاية وجه: أنه لا يرد العبد بالعيب، بل يأخذ أرش العيب، والمذهب الأول.

فإن قيل: الإطلاق إما أن يقتضي السلامة عن العيب أو لا، فإن لم يقتضه، وجب ألاَّ يرد، وإن اقتضاه وجب ألاَّ يقع [الطلاق][٩]؛ لأن

---

(١) سقط في د.
(٢) في س: مغصوبًا.
(٣) في س: محرمة.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: أثناء الطلاق.
(٦) في س: بصفة.
(٧) سقط في س.
(٨) في س: يثبت.
(٩) سقط في س.

المعيب[١] غير المعلق عليه.

ويورد السؤال من وجه آخر، وهو أن السيد إذا رد النجوم بالعيب يرتفع العتق، ومقتضاه أن الزوج إذا رد العبد بالعيب أن يرتفع الطلاق؛ لأن كلاً منهما معلق بالإعطاء.

[وجواب هذا][٢]: أن المغلب على الكتابة الصحيحة حكم المعاوضة؛ ولهذا [لو كاتبه على مال فأبرأه منه عتق، والمغلب على الخلع حكم التعليق؛ ولهذا][٣] لو علق الطلاق على مال في ذمتها، ثم أبرأها منه لم تطلق، بل نظير الخلع الكتابة[٤] الفاسدة.

فرع: لو قال: إن أعطيتني عبدًا من صفته كذا، فأنت طالق، ولم يستوعب صفات السلم، فهو كما لو أطلق ذكر العبد في أن الرجوع إلى مهر المثل، لكنها لو أعطته عبدًا على غير تلك الصفة؛ لم يقع الطلاق.

قال: **وإن قال: [إذا][٥] أعطيتني هذا العبد فأنت طالق، فأعطته وهي تملكه - بانت**؛ لما تقدم، فإن كان معيبًا، فله أن يرده، ويرجع بمهر المثل في أحد القولين، وهو الأصح، وبقيمته - أي: سليمًا - في القول الآخر؛ كما في نظيره في الصداق.

وحكى ابن الصباغ والمتولي عن [ابن][٦] أبي هريرة: أنه يجيء على القول القديم: [أنه لا][٧] يرده، بل يرجع بالأرش؛ وهذا يناظر ما حكيناه في الصداق عن أبي حفص بن الوكيل، لكنه لم[٨] يخصص بما إذا كان العيب[٩] حادثًا بعد العقد؛ فيشبه أن يكون هنا كذلك؛ لكن إيراد المتولي يقتضي التعميم.

قال: **وإن أعطته عبدًا وهي لا تملكه، بانت**؛ لأنها أعطته ما عينه.

وقيل: لا تطلق؛ كما لو خالعها على عبد غير معين، فأعطته عبدًا مغصوبًا.

قال: **وليس بشيء**؛ لأن هناك أطلق العقد؛ فحمل على ما يقتضيه العقد، وهو دفع عبد[١٠] يملكه، وهنا عينه صريحًا؛ فتعلق بعينه.

وشبه [في الشامل والتتمة الوجهين بالوجهين فيما إذا أذن لوكيله في شراء عبد بعينه، فاشتراه ثم][١١] اطلع على عيب به - في أن الوكيل هل [له][١٢] الرد؟-

---

(١) في س: العيب.
(٢) في س: وجوابه.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: للتكاية.
(٥) في س: إن.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: لأنه.
(٨) في س: ثم.
(٩) في س: العبد.
(١٠) في د: مال.
(١١) سقط في س.
(١٢) سقط في س.

قال: وإن خالعها على ثوب - أي: معين - على أنه هروي، فخرج مرويًا، بانت وله الخيار بين الرد والإمساك.

الهروي - بفتح الهاء والراء-: منسوب إلى هراة: مدينة معروفة بخراسان.

والمروي - بفتح الميم وإسكان الراء - منسوب إلى مرو: مدينة معروفة بخراسان، ينسب إليها - أيضًا - مروزي.

والهروي والمروي نوعان من القطن.

والدليل على ما ادعاه الشيخ: أن ذلك اختلاف وصف في العوض، واختلاف الوصف لا يمنع صحة العقد، بل يثبت الخيار، كما في البيع.

وفي شرح مختصر الجويني وجه: أنه إذا كانت قيمة المروي أكثر، أو لم يكن تفاوت، فلا يرد؛ لأن الجنس واحد، ولا نقصان، والظاهر الأول.

قال أبو الفرج السرخسي: وهذا على قولنا: إن اختلاف الصفة لا ينزل منزلة اختلاف العين، وفيه قولان ذكرناهما في النكاح، فإن نزلناه منزلة اختلاف العين، فالعوض فاسد، وليس له إمساكه، ويرجع إلى مهر المثل، أو بدل الثوب إن كان هرويًّا؛ على اختلاف القولين.

قلت: وما قاله من أن اختلاف الصفة كاختلاف العين مذكور في الزوجين؛ لأن الوصف فيهما يقوم مقام الرؤية، فإذا اختلف الوصف، كان بمنزلة ما لو رأى عينًا، وعقد على غيرها.

وأما بدل الخلع، فهو بالبيع أشبه، ولم نعلم خلافًا فيما إذا اشترى عبدًا، وشرط أنه تركيٌّ، فخرج غير تركي: أنه يبطل البيع، بل المنقول ثبوت الخيار[١].

---

(١) قوله: وإن خالعها على ثوب معين على أنه هروي فخرج مرويًا؛ بانت وله الخيار بين الرد والإمساك؛ لأن ذلك اختلاف وصف في العوض؛ إذ الهروي والمروي نوعان من القطن، واختلاف الوصف في العوض لا يمنع الصحة، وإنما يثبت الخيار؛ كالبيع.
قال السرخسي: وهذا على قولنا: إن اختلاف الصفة لا يتنزل منزلة اختلاف العين، وفيه قولان ذكرناهما في النكاح، فإن نزلناه منزلة اختلاف العين؛ فالعوض فاسد وليس له إمساكه، ويرجع إلى مهر المثل أو بدل الثوب لو كان هرويًا.
قلت: وما قاله من أن اختلاف الصفة كاختلاف العين مذكور في الزوجين؛ لأن الوصف فيهما يقوم مقام الرؤية، فإذا اختلف الوصف كان بمنزلة ما لو رأى عينًا وعقد على غيرها، وأما بدل الخلع فهو بالمبيع أشبه، ولم يعلم خلافًا فيما إذا اشترى عبدًا وشرط أنه تركي فخرج غير تركي أنه يبطل البيع، بل المنقول ثبوت الخيار. انتهى كلامه.
=

فرع: إذا وجد به عيبًا بعد تلفه، أو بعد تعيبه في يده، ولم يمكن الرد، فيرجع[1] بقدر النقصان من مهر المثل في أصح القولين، وبقدر ما انتقص من القيمة في الثاني.

قال: وإن خرج كتانًا بانت، ويجب رد الثوب.

الكتان: بفتح الكاف.

ووجه رد الثوب: أن الكتان جنس، والقطن جنس، واختلاف الجنس كاختلاف العين؛ بخلاف الهروي والمروي؛ فإنهما جنس واحد.

ولأن الثوب إذا خرج كتانًا، ظهر أن رؤيته لم تحط بالمقاصد؛ فكأن لا رؤية، والرؤية شرط.

ووجه حصول البينونة: أن فساد العوض، لا يوجب فساد الخلع؛ كما إذا خالع على مجهول.

قال: ويرجع إلى مهر المثل في أحد القولين، وإلى قيمته - أي: لو كان هرويًّا - في القول الآخر، ولا يخفى توجيههما مما تقدم.

وقيل: هو بالخيار بين الإمساك والرد؛ كما لو خرج مرويًّا؛ إذ العين واحدة، وإنما اختلفت الصفة؛ وهذا ما أجاب به في التهذيب.

وقال في التتمة: الخلاف في هذه المسألة مبني على ما إذا قال: بعتك هذه البغلة، فإذا هي فرس، هل يصح[2] البيع؟ وفيه خلاف.

فإن صححناه فهو كاختلاف الصفة، وإلا فسدت التسمية.

ولو قالت: خالعني على هذا الثوب؛ فإنه هروي؛ فخالعها عليه، فخرج مرويًّا - فالحكم كما تقدم؛ لأنها غرته.

ولو قال: خالعتك على هذا الثوب، وهو هروي فبان خلافه - فلا رد؛ لأنه لا تغرير من جهتها [ولا اشتراط، وكذلك][3] لو قال: خالعتك على هذا الثوب الهروي؛ وهذا بخلاف ما لو قال: إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي، فأنت طالق، فأعطته، وبان مرويًّا - فإنه لا يقع الطلاق.

= وما ذكره في آخر كلامه من الصحة بلا خلاف إذا ظهر المبيع على خلاف الوصف المشروط غريب، فقد حكى الرافعي في «باب خيار النقص» في ذلك قولين.

نعم، البحث الذي ذكره صحيح، فإن الخلاف المحكي في النكاح مفرع على ٢١٦/أ قول الصحة في البيع، كما أوضحه الرافعي وغيره، فيكون الخلاف غير الخلاف. [أ و].

(١) في د: فرجع. (٢) في د: يرجع. (٣) سقط في د.

ولو قال: إن أعطيتني هذا الثوب الهروي، [فأعطته][(١)] وبان مرويًّا، فإن في وقوع الطلاق وجهين عن القاضي الحسين.

ولو قالت لزوجها: هذا الثوب هروي، فقال: إن أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق، فأعطته، وبان مرويًّا.

قال في «التتمة»: ينبني ذلك على أن المتواطأ[(٢)] عليه قبل العقد، هل هو كالمشروط في العقد؟

إن قلنا: نعم؛ لم يقع الطلاق، وإلا وقع، وليس له إلا الثوب؛ وهذا البناء فيه نظر؛ فإن المنقول عن الأصحاب في مسألة تناظر هذه المسألة من الحكم ما يفهم منه: أن هذا ليس من قبيل الشروط، وذلك أنهم قالوا: لو دفع إلى خياط ثوبًا، وقال له: إن كان يكفيني هذا قباء فاقطعه، فقطعه، فلم يكفه - وجب عليه الأرش.

ولو قال: أيكفيني هذا قباء؟، فقال: نعم، فقال: اقطعه فقطعه، فلم يكفه - فلا شيء عليه، وكان مقتضى ما قاله في التتمة: أن يخرج ذلك على الشرط السابق؛ إذ[(٣)] جرى منه إخبار قبل القطع، [كما جرى منها إخبار قبل العقد[(٤)]][(٥)].

ولو خالعها على ثوب هروي في الذمة، وقبلت، ثم دفعت إليه مرويًّا، فرضيه، وأراد إمساكه، فينبني على أن الزبيب الأبيض هل يؤخذ في السلم عن الأسود؟ فإن قلنا: يجوز، فكذلك هاهنا، وإن قلنا: لا يجوز؛ فلا يجوز الإمساك هاهنا من

---

(١) سقط في س. (٢) في س: التواطئ. (٣) في س: إذا.

(٤) قوله: ولو قالت لزوجها: هذا الثوب هروي، فقال: إن أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق، فأعطته، وبان مرويًّا.

قال في التتمة: ينبني ذلك على أن المتواطأ عليه قبل العقد، هل هو كالمشروط في الصداق؟

إن قلنا: نعم، لم يقع الطلاق، وإلا وقع، وليس له إلا الثوب، وهذا البناء فيه نظر؛ فإن المنقول عن الأصحاب في مسألة تناظر هذه المسألة من الحكم ما يفهم منه أن هذا ليس من قبيل الشروط، وذلك أنهم قالوا: لو دفع إلى خياط ثوبًا، وقال له: إن كان يكفيني هذا قباءً، فاقطعه فقطعه، فلم يكفه، وجب عليه الأرش.

ولو قال: أيكفيني هذا قباء، فقال: نعم، فقال: اقطعه فقطعه، فلم يكفه فلا شيء عليه، وكان مقتضى ما قاله في التتمة أن يخرج ذلك على الشرط السابق إذا جرى منه إخبار قبل القطع؛ كما جرى منها إخبار قبل العقد. انتهى كلامه.

وهذا التنظير الذي ذكره المصنف قد نبه هو على الحاشية بخطه على بطلانه، فقال ما نصه: هذا التنظير ليس بصحيح، وليست مسألة الخياط تناظر ما نحن فيه؛ لفقد تخيل التواطؤ فيها الذي يقام مقام الشرط المقارن. هذا لفظه بحروفه. [أ و].

(٥) سقط في س.

غير معاقدة، فإن تعاقدا، وقالت: جعلته[١] بدلاً عما في ذمتي، فينبني على أن الصداق في اليد مضمون ضمان عقد، أو ضمان يد؟

إن قلنا بضمان اليد؛ فيجوز.

وإن قلنا بضمان العقد؛ فعلى القولين في جواز الاستبدال عن الثمن في الذمة، كذا حكاه الرافعي في آخر الباب.

قال: وإن قالت: طلقني ثلاثًا على ألف، أي[٢]: وهو يملك عليها الثلاث - فطلقها طلقة، استحق ثلث الألف؛ أي: سواء أعاد[٣] ذكر المال، أو اقتصر على الطلاق؛ لأن الخلع من جانبها معاوضة مشبهة بالجعالة، ولو قالت: رد عليّ عبيدي الثلاثة[٤] ولك ألف، فرد واحدًا[٥]؛ استحق ثلث الألف؛ فكذلك هاهنا، وليس كما لو قال الزوج ابتداء: طلقتك ثلاثًا على ألف، فقالت: قبلت واحدة بثلث الألف، فإنه لا يقع الطلاق؛ لأن الخلع من جانبه تعليق فيه شائبة المعاوضة، ومن شرط الوقوع بالتعليق حصول الصفة المعلق عليها، ومن شرط المعاوضة أن[٦] يوافق الإيجاب القبول[٧]، ولم يتحقق واحد من الشرطين.

نعم: لو قبلت واحدة بألف، استحق الألف، ووقعت طلقة.

وقيل: الثلاث، وهو اختيار القفال[٨]، والصحيح في النهاية.

وقيل: لا يقع شيء.

وحكى أبو الفرج السرخسي في مسألة الكتاب: أنه إذا لم يُعد ذكر المال، يكون الطلاق رجعيًا.

وحكى الشيخ أبو علي وجهًا: أنها إذا سألت الثلاث، فطلق واحدة؛ لم يقع شيء، وغلط ناقله.

وحكى الحناطي وجهًا: أنه يرجع عليها بمهر المثل، والمذهب الأول.

ولو طلقها طلقة ونصفًا، فهل يستحق ثلثي الألف؛ لوقوع طلقتين، أو نصف الألف؛ لأنه[٩] أوقع نصف الثلاث والتكميل من الشرع؟ فيه وجهان.

ومثل هذا الخلاف ما إذا قالت: طلقني بألف، فقال: طلقت نصفك،

---

(١) في س: خلعته.
(٢) في د: على.
(٣) في س: عاد.
(٤) في س: الثلاث.
(٥) في س: واحد.
(٦) في س: في.
(٧) في س: للقبول.
(٨) في س: للقفال.
(٩) في س: فإنه.

فهل يستحق الألف؟

ينبني على أنه هل يقع على النصف، ثم يسري، أو يقع على جملتها؟ [فإن قلنا بالثاني، استحق الألف][١]، وإن قلنا بالأول، وجب ألاَّ يستحق إلا نصف الألف؛ كما لو قالت[٢]: طلقني ثلاثًا، فطلقها واحدة، يستحق بالقسط؛ كذا حكاه الرافعي في آخر الباب.

أما إذا لم يملك عليها إلا واحدة، فسألته أن يطلقها ثلاثًا، فطلقها واحدة، استحق جميع الألف، سواء كانت عالمة بما بقي من عدد الطلاق، أو جاهلة؛ لأنه حصل بهذه الطلقة مقصود الثلاث، وهي الحرمة الكبرى؛ هذا نصه في المختصر، وهو الذي ذكره القفال، والشيخ أبو علي، وأكابر الأئمة.

وقال المزني[٣]: ينبغي ألاَّ يستحق إلا ثلث الألف؛ توزيعًا للمسمى على العدد المسئول؛ كما لو كان يملك الثلاث فطلق[٤] واحدة، والحرمة لا تثبت بتلك[٥] الطلقة، وإنما[٦] تثبت بها وبما قبلها؛ فيكون حكمها حكم الثانية والأولى؛ كما قال الشافعي: [السكر][٧] لا يحصل بالقدح الأخير، بل به وبما قبله؛ فيكون حكمه حكم ما قبله في التحريم، ووافقه على ذلك بعض الأصحاب.

وقال أبو إسحاق وابن سريج: إن كانت المرأة عالمة بأنه لم يبق إلا واحدة، استحق تمام الألف، وإن لم تعلم؛ وجب أن يوزع؛ وهذا اختيار الروياني.

ونقل الحناطي وجهًا: أن المسمى يبطل، ويرجع الزوج إلى مهر المثل.

ووجهًا: أنه لا شيء له؛ لأنه لم يطلق كما[٨] سألت؛ فتحصلنا على خمسة أوجه.

ولو سألت الثلاث على ما صورنا، وهو لا يملك إلا طلقتين، فطلقها واحدة، فله ثلث الألف؛ على النص والتخريج الذي ذكره المزني[٩].

وعلى الوجه الفارق: إن جهلت فكذلك، وإن علمت فله النصف؛ توزيعًا على الطلقتين.

وإن طلقها طلقتين؛ فعلى النص يستحق جميع الألف.

وعلى ما قاله المزني يستحق الثلثين.

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: قال.
(٣) في س: المزي.
(٤) في س: وطلق.
(٥) في د: بتكمل.
(٦) في س: بما.
(٧) سقط في د.
(٨) في س: على ما.
(٩) في د: المازني.

وعلى الوجه الفارق، يستحق الجميع إن علمت، والثلثين إن جهلت.

وزاد الحناطي وجهًا رابعًا، وهو الرجوع إلى مهر المثل.

وخامسًا: وهو أن لا شيء له.

وسادسًا: وهو أن له ثلثي مهر المثل.

والضابط على[(١)] النص[(٢)] العدد المسئول: [إن ملك الزوج كله، وأجابها؛ فله المسمى، وإن أجابها إلى بعضه؛ فله قسطه بالتوزيع وإن استحق المسمى.

وإن كان يملك بعض المسئول][(٣)]، فإن تلفظ بالمسئول، أو حصل مقصودها بما أوقع، استحق المسمى، وإلا وزع المسمى على العدد [المسئول][(٤)] واستحق ما يقتضيه التوزيع.

وعلى ما ذكره المزني[(٥)]: التوزيع على المسئول أبدًا.

وكذا الحكم على الوجه الفارق في حالة الجهل، و[(٦)] في حالة العلم التوزيع على المملوك من الطلاق دون المسئول، فلو كان يملك ثلاث تطليقات، فقالت له: طلقني ستًّا، فعلى النص والتخريج يستحق[(٧)] بالواحدة السدس وبالاثنتين[(٨)] الثلث، وإن طلقها ثلاثًا، استحق الجميع على النص، والنصف على تخريج المزني[(٩)]، وأما على الوجه الفارق فله بالواحدة الثلث وبالاثنتين[(١٠)] الثلثان، وبالثلاث الجميع وعلى هذا فقس.

فرع: لو قالت: طلقني ثلاثًا على ألف، فقال: أنت طالق ثلاثًا: واحدة بألف، وثنتين مجانًا، وقعت الأولى بثلث الألف، ولا تقع الأخيرتان.

قال الإمام: والقياس الحق: ألاَّ يجعل كلامه جوابًا [عن سؤالها][(١١)]؛ لأنها سألت كل واحدة بثلث الألف، وهو لم يرض إلا بالألف، وإذا لم يوافق كلامه سؤالها كان مبتدئًا بما قال، وإذا لم يقبل، وجب ألاَّ يقع، وإذا لم تقع تلك الواحدة، وقعت الأخيرتان رجعيتين، وتابعه الغزالي وغيره على ما ذكره الرافعي، ثم قال: وهو حسن، والأول بعيد، وأبعد منه ما في التهذيب: أنه تقع الواحدة

---

(١) في س: عن.
(٢) زاد في س: أن.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: المزي.
(٦) في س: أو.
(٧) في س: مستحق.
(٨) في س: وبالثنتين.
(٩) في س: والمزي.
(١٠) في س: بالثنتين.
(١١) سقط في س.

بالألف، ولا تقع الأخيرتان، والله أعلم.

قال: وإن قالت: طلقني طلقة، فطلقها ثلاثًا **[يستحق الألف]**[(١)]؛ لأنه فعل ما طلبته وزيادة، فأشبه ما لو قال: رد عبدي فلانًا، ولك كذا)، فرده مع [عبدين آخرين][(٢)]؛ وهذا بخلاف ما لو قال: بعني هذا العبد بألف، فقال: بعتكه بألف مع هذين العبدين - فإن الظاهر بطلان البيع؛ لأن تمليكه العبدين الآخرين[(٣)] من غير رضاه لا سبيل إليه، وإيقاع الطلقتين الأخيرتين يستقل به الزوج.

على أن الحناطي حكى في مسألة البيع وجهين آخرين:

أحدهما: صحة البيع في الجميع.

والثاني: صحته في المسئول خاصة.

ثم الألف الذي يستحقه الزوج في مقابلة الثلاث[(٤)]، أو في مقابلة واحدة منها؟ فيه اختلاف للأصحاب، ولا يتعلق به فائدة حكمية؛ وهذا [فيما][(٥)] إذا لم يُعد ذكر الألف في الجواب، فإن أعاد فقال: طلقتك[(٦)] ثلاثًا بألف؛ ففيه أوجه:

أظهرها[(٧)]: أن الحكم كما لو لم يُعِد.

والثاني: عن القفال أنه يقع الثلاث، ولكن لا يستحق إلا ثلث الألف؛ لأنه جعل الألف في مقابلة الثلاث، وهي لم تسأل بالعوض إلا واحدة، وحصة الواحدة ثلث الألف.

والثالث: أن إعادة الألف تصريح بالتوزيع، ومقابلة[(٨)] كل طلقة بثلث الألف؛ فلا يقع شيء.

والرابع: أنه يقع واحدة بثلث الألف، والأخيرتان لا تقعان.

قال الرافعي: وحق هذه الوجوه أن تطرد فيما إذا لم يعد ذكر الألف؛ لأن قوله: أنت طالق ثلاثًا: إما أن يكون جوابًا عن سؤالها؛ فتقدير الألف عائد فيه، أو لا يكون كذلك.

فإن كان الثاني، وجب أن تطلق ثلاثًا، ولا يلزم شيء من المال.

وإن كان الأول؛ فأي فرق بين أن يذكره لفظًا، أو لا يذكره، والمعنى واحد.

---

(١) في س: استحق الجميع.
(٢) في س: غيره.
(٣) في س: الأخيرين.
(٤) في س: الثلث.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: طلقت.
(٧) في س: أظهرهما.
(٨) في س: يقابله.

ولو قالت: طلقني واحدة بألف، فقال: أنت طالق بخمسمائة؛ وقع الطلاق على أصح الوجهين، وفيما يستحقه وجهان:

الأصح: [أنه][1] خمسمائة، وهو ما أجاب به في التتمة.

والثاني: جميع الألف.

واعلم أن ما ذكرناه فيما إذا خالف إما بالزيادة على ما سألت أو بالنقصان، أما إذا خالف اللفظ، بأن قالت له: طلقني على ألف، فقال: خالعتك أو حرمتك أو أبنتك على ألف، ونوى الطلاق - صح الخلع.

وقال أبو علي بن خيران: لا يصح؛ لأنها سألت الطلاق بالصريح، فأجاب بالكناية؛ وهذه المسألة تناظر ما إذا قال لها: طلقي نفسك، فقالت: اخترت، ونوت، وسيأتي.

وإن قال: خالعتك، ولم ينو الطلاق، وقلنا: إن الخلع فسخ، لا تقع الفرقة.

وأما إن قلنا: إنه طلاق فلا يخفى الحكم.

ولو قالت: [اخلعني][2]، فقال: طلقتك، وقلنا: إن الخلع فسخ؛ ففيه وجهان في المهذب:

المذهب منهما: الصحة؛ لأنه حصل لها ما طلبت وزيادة.

والثاني: لا يقع؛ لأنه أجابها إلى غير ما طلبت.

وإن قلنا: إنه كناية؛ فلا بد من نيتها.

وفي «التتمة» تخصيص الوجهين بما إذا قال الزوج: طلقتك على ألف، أما إذا قال: طلقتك، ولم يذكر المال، فوجهان ينبنيان على[3] الصورة الأولى، فإن قلنا عند ذكر العوض: تقع الفرقة، فهاهنا يجعل[4] مبتدئًا وتقع طلقة رجعية.

وإن قلنا عند ذكر العوض: لا يقع الطلاق، فكذلك هاهنا.

قال: وإن وكلت المرأة في الخلع - أي: وأطلقت - لم يخالع الوكيل على أكثر[5] من مهر المثل؛ كما لو قال: اشتر لي هذا، وأطلق؛ فإنه ينصرف إلى ثمن المثل.

ويجوز أن يخالع على دون نقد البلد، وعلى قدر مهر المثل مؤجلا، ودون مهر المثل؛ لأن ذلك زيادة خير.

ولو زاد على مهر المثل، ففي المهذب والشامل حصول البينونة والرجوع

---

(١) سقط في س.
(٢) في د: طلقني.
(٣) زاد في س: أن.
(٤) في س: يحصل.
(٥) في س: أقل.

إلى مهر المثل.

وفي تعليق الشيخ أبي حامد حكاية قول أن لها الخيار: إن شاءت فسخت المسمى، وكان عليها مهر المثل، وإن شاءت سلمت ما سمى الوكيل.

وفي الرافعي: أن حكمه حكم ما لو قدرت له العوض، فزاد عليه، إلا في استحقاق [أكثر](١) الأمرين.

قال: **فإن قدرت له العوض، فزاد عليه** - أي: وأضاف الوكيل الخلع إليها - **وجب مهر المثل في أحد القولين** أي: سواء [زاد [على](٢) ما قدرته، أو نقص؛ لأنه تعذر إيجاب المسمى؛ لعدم الرضا به؛ فصار كما لو تعذر إيجابه؛ لجهله؛ وهذا هو الأصح والمنصوص عليه في الإملاء.

قال: **ويجب في الثاني أكثر الأمرين من مهر المثل [أو](٣) القدر المأذون فيه** - أي: ما(٤) لم يزد مهر المثل على ما سماه الوكيل؛ لأن مهر المثل إن كان أكثر فهو الذي يرجع إليه عند فساد التسمية، وإن كان الذي سمته أكثر، فهي قد رضيت به؛ وهذا نصه في الأم(٥).

أما إذا كان مهر المثل زائدًا على ما سماه الوكيل، لم تجب الزيادة على ما سماه الوكيل؛ لأن الزوج قد رضي به وكما تؤاخذ(٦) برضاها يؤاخذ برضاه.

مثال ذلك: إذا قدرت مائة، وسمى الوكيل مائتين، ومهر مثلها تسعون - فالواجب على القول الأول: تسعون.

وعلى [القول](٧) الثاني: مائة

ولو كان مهر المثل مائة وخمسين؛ فالواجب مائة وخمسون على القولين.

ولو كان مهر مثلها ثلاثمائة؛ لم يجب على القول الثاني إلا مائتان.

وقد حكي [في المسألة](٨) قول ثالث: أن المرأة بالخيار: إن شاءت أجازت بما سماه الوكيل، وإن شاءت ردت، وعليها مهر المثل، وقد حكيناه من قبل عن رواية أبي حامد.

وعلى الأقوال كلها: لا يطالب الوكيل بشيء إلا أن يقول: على أني(٩) ضامن؛ فيطالب بما سماه، وإذا أخذه الزوج منه؛ ففي التهذيب: أنه لا يرجع عليها

---

(١) سقط في س.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: و.
(٤) في س: إذا.
(٥) في س: الإملاء.
(٦) في س: تؤخذ.
(٧) سقط في س.
(٨) سقط في س.
(٩) في س: أن.

[إلا][1] بما سمت.

وقال الرافعي: ويجيء فيه قول آخر: أنه يرجع بالواجب عليها، وهو مهر المثل، أو أكثر الأمرين منه ومما سمت، [على اختلاف][2] القولين السابقين.

وفي المجرد للحناطي حكاية قول[3] أنه لا أثر لهذا الضمان.

وفي الذخائر: أن أبا العباس بن سريج قال: إنه يضمن الزيادة على مهر المثل عند عدم الضمان.

أما إذا أضاف الوكيل الخلع إلى نفسه، فهو خلع أجنبي، والمال عليه.

وإن أطلق، فعلى الوكيل ما سماه؛ لأن الظاهر أن العقد وقع على مال نفسه، فهو بمثابة ما لو اشترى لموكله ما لم يأذن له فيه، ولم يسم الموكل؛ هذه طريقة العراق.

وقال الخراسانيون: الخلع صحيح، وعلى الوكيل ما سماه، وفيما عليها منه قولان:

أصحهما: أن عليها ما سمت، والزيادة على الوكيل، ويرجع الوكيل عليها عند الغرم بما سمت.

والثاني: أن عليها أكثر الأمرين من مهر المثل أو ما سمت، فإن بقي من أكثرهما شيء إلى ما سمى الوكيل فهو [عليه][4]، وإن زاد مهر المثل على ما سماه الوكيل، لم تجب [تلك][5] الزيادة.

وإذا خالف الوكيل في جنس العوض، مثل: أن تقول: اخلعني بالدراهم، فيخالع بالدنانير، أو توكله بالاختلاع على ثوب دفعته إليه، فيخالع على دراهم - فعن القاضي الحسين: أنه ينصرف الاختلاع[6] عنها؛ حتى يلغو إن أضاف إليها، ويقع عن الوكيل إن أطلق؛ بخلاف ما إذا خالف في القدر؛ فإنه إذا زاد على ما قدرته، فقد أتى على ما أمرت به وزيادة.

قال الرافعي: والأظهر - وهو المذكور في التهذيب-: أنه تحصل البينونة [لما مر في مخالفة القدر، ثم ينظر:

إن أضاف الخلع إلى مالها، ولم يقل: أنا ضامن؛ فالرجوع عليها بمهر المثل

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: كاختلاف.
(٣) في س: وجه.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: الإخلاع.

في أصح القولين، وبالأكثر من مهر المثل وقدر ما سمته في القول الثاني.

وإن قال: وأنا ضامن، أو لم يضف العقد إليها، فلا رجوع إلا بقدر ما سمت.

واعلم أن جميع ما ذكرناه مفرع على حصول البينونة][1] وهو النص، ووراءه أمران آخران:

أحدهما: قال المزني[2]: لا يقع الطلاق؛ كما لو خالف وكيل الزوج؛ فنقص عن المقدر.

وفيما علق عن الإمام: أن ما ذكره [قول][3] مخرج عن أصل الشافعي.

قال: وأرى [أن][4] كل اختيار له يجري فإنه لا يخالف أصول[5] الشافعي، لا كأبي يوسف ومحمد؛ فإنهما يخالفان أصول صاحبهما.

وفرق الأصحاب بين ما قاله المزني[6] وبين المسألة المستشهد بها: بأن الخلع من جانب الزوج نازع[7] إلى التعليق؛ فكأنه علق الطلاق بذلك القدر، فإذا نقص الوكيل، لم تحصل الصفة، وجانب الزوجة بخلافه.

الثاني: حكى الحناطي في المجرد [قولاً آخر][8] أنه يقع الطلاق، ولا يلزمها شيء، ولا الوكيل، ولا يخفى التفريع عليهما.

قال: وإن خالع على مهر فاسد - أي: بأن سمى خمرًا، أو خنزيرًا - وجب مهر المثل - أي: سواء أطلقت التوكيل، أو سمت الفاسد - لأن المسمى سقط؛ فوجب مهر المثل.

قلت: ويتجه أن يجري فيه الوجه السابق المحكي فيما إذا خالعت على خمر أو خنزير: أن الواجب بدل ذلك.

أما إذا سمت عوضًا صحيحًا، فخالع على غيره، وأضاف الخلع إليها - فإن[9] الفرقة لا تحصل، وقضيته: أن يطرد هنا بطريق الأولى.

أما إذا قلنا: تحصل الفرقة عند المخالفة في الجنس؛ فيتجه أن يكون هاهنا كذلك؛ كما عند الإطلاق، وقد أومأ في الذخائر إلى شيء من ذلك.

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: المزي.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: أصل.
(٦) في س: المزي.
(٧) بياض في س.
(٨) سقط في س.
(٩) في س: أن.

وعلى المذهب: الفرق بين ذلك، وبين ما إذا[1] خالع وكيل الزوج على خمر أو خنزير؛ حيث لا يقع الطلاق-: أن وكيل الزوج يوقع الطلاق بالخمر والخنزير، وهو [غير][2] مأذون فيه، ووكيل المرأة لا يوقعه، وإنما يقبله، فإذا فسد العوض يرجع إلى مهر المثل، وصار كما لو فعلت هي وهو [غير][3] مأذون فيه، ومفهومه: أنه إذا أذن فيه الزوج يقع الطلاق، وقد صرح به الرافعي.

وفي التتمة: أن الفرقة [لا تقع][4] في هذه الصورة - أيضًا - لأن الخلع فيه معنى التعليق والمعاوضة، فإن راعينا جهة التعليق؛ فحكمه حكم اليمين؛ فلا يصح التوكيل فيه.

وإن راعينا جهة المعاوضة، فالتوكيل في المعاوضة الفاسدة لا يصح.

واعلم أن هذا كله فيما إذا أضاف الوكيل الخلع إليها، أما إذا أضافه إلى نفسه، فالبينونة حاصلة، وعليه مهر المثل.

وفي الحاوي: أن في وقوع الطلاق وجهين.

وإذا قلنا بالوقوع، فهل يجب مهر المثل؟ فيه وجهان؛ هكذا في الذخائر قيد النقل عنه.

وفي ابن يونس حكاية الخلاف عنه من غير تقييد بإضافة الخلع إلى نفسه.

ثم حكاية الوجهين في وجوب مهر المثل يجوز أن يكون [الوجه المقابل][5] للوجوب منهما: أن الواجب بدل الخمر أو الخنزير؛ كما تقدمت حكايته في خلعه عليهما.

ويجوز أن يكون لا[6] يجب شيء أصلا؛ فيكون الطلاق رجعيًا، وهو ما حكيناه عن صاحب التهذيب عند الكلام في الخلع على البدل الفاسد، بخلاف الزوجة، والفرق بينهما ما حكيناه [ثم][7] عنه.

واعلم أن قول الشيخ: مهر فاسد، صوابه: عوض فاسد؛ إذ لا مدخل للمهر في الخلع.

ويجوز أن يجاب عنه بأنه لما قرر أن ما جاز أن يكون صداقًا، جاز أن يكون عوضًا في الخلع، وما لا يجوز [أن يكون][8] صداقًا لا يجوز أن يكون عوضًا في

---

(١) في س: لو.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: لا تحصل.
(٥) في س: المهر القابل.
(٦) في س: ألا.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في س.

الخلع - جرى هنا على ما قرره من قبل.

قال: **وإن وكل الزوج في الخلع** - أي: وأطلق - **فنقص عن مهر المثل**، [أي: أو ذكر فيما سمى أجلا، أو عاقد على غير نقد البلد - وجب مهر المثل][١] في أحد القولين؛ لأن الخلل وقع في العوض؛ فلا يريد[٢] به الطلاق، ويجب مهر المثل؛ كما لو خالعها الزوج على عوض فاسد؛ وهذا نصه في الإملاء، وهو الصحيح عند النووي[٣] والجيلي.

قال: وفي القول الآخر[٤] **الزوج بالخيار بين أن يقر الخلع على ما عقد وبين أن يترك العوض، ويكون الطلاق رجعيًّا**؛ لأن الطلاق مأذون فيه، وقد وقع؛ فلا يمكن رفعه، ولا يمكن إجبار الزوج على المسمى؛ لأنه دون ما يقتضيه الإذن، ولا يمكن إجبارها على مهر المثل؛ لأنه فوق ما رضيت به؛ فخير بين الأمرين؛ لزوال الضرر عنهما بقدر الإمكان.

وقال في التهذيب والجيلي: وهذا مخرج من وقف العقود، وهو قوله القديم.

وهذا فيه نظر من وجهين:

أحدهما: أن هذا القول منصوص عليه في الأم، والأم من الجديد.

والثاني: أن قضيته: أنه إذا أراد ألا يقع الطلاق؛ كما لو طلق الفضولي، وليس هذا القول كذلك.

وحُكي في المسألة قولان آخران.

أحدهما: أنه بالخيار بين مهر المثل والمسمى.

والثاني: أنه بالخيار بين أن يرضى بالمسمى، أو يرد الطلاق.

قال في الذخائر: قال أصحابنا: وكأنه يشير بذلك إلى صاحب البسيط، وقد صرح به الرافعي عنه، [ويكاد][٥] أن يكون هذا مبنيًّا على القول بوقف العقود.

ويحتمل أن يكون هذا في الطلاق خاصة؛ لأنه يحتمل[٦] التعليق على الأغرار والأخطار، بخلاف البيع، ولكن يلزم على هذا [اتفاق][٧] طلاق الفضولي.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط في س.
(٢) في د: يزيد.
(٣) في س: النواوي.
(٤) في س: الثاني.
(٥) بياض في س.
(٦) في د: يجهل.
(٧) سقط في س.

ووجهه: أن الطلاق وقع منوطا[(١)] بعوض، فإذا بطل العوض؛ بطل الطلاق المعلق عليه.

وفي الوسيط: أنه لا ينبغي أن يؤخذ هذا من وقف العقود، بل مأخذه أن لفظه عام، وله أن يقول: أردت [به][(٢)] مهر المثل، وعلامة ذلك ألاَّ يرضى بالمسمى، فإن رضي بالمسمى، فكأنه أراد ذلك بالعموم.

واعلم أن صورة المسألة أن يقول: وكلتك بخلع زوجتي أو يخالعها، ولا يقدر مالاً؛ إن قلنا: إن مطلق الخلع يقتضي المال، وإن قلنا: لا يقتضيه، فيشترط أن يقول: خالعها بمال[(٣)].

قال: **وإن قدر البدل، فخالع بأقل منه، أو على عوض فاسد، لم يقع الطلاق، [وكذا][(٤)] إذا خالع على غير جنس المسمى، أو ذكر فيما سمى أجلا** - لم يقع الطلاق؛ وهذا ما حكاه في التهذيب.

ووجهه: أنه طلاق أوقعه على غير الوجه المأذون فيه؛ فلم يقع كما لو[(٥)] وكله في إيقاع الطلاق في يوم، فأوقعه في يوم قبله.

والفرق بين هذه الصورة والصورة التي قبلها: أن النقصان عن القدر مخالفة لصريح لفظه، فلا يكون المأتي به مأذونًا فيه، والنقصان عن مهر المثل لا يخالف صريح لفظه، بل اللفظ مطلق يشمل مهر المثل وغيره، وللطلاق قوة وغلبة؛ فعموم[(٦)] اللفظ يقتضي وقوعه، وأثر المخالفة يظهر في العوض.

وقيل: ينقل جواب كل مسألة إلى الأخرى، وجعلهما [على][(٧)] قولين؛ وهذا هو الصحيح في الرافعي، وعند الشيخ في المهذب، والأقيس في الشامل، وأبطل في المهذب الفرق بالوكيل في البيع؛ فإنه لا فرق بين أن يقدر له الثمن فيبيع بأقل منه، وبين أن يطلق فيبيع بما دون ثمن المثل.

واتفق الناقلون على أن الأصح من القولين فيما إذا نقص عن المقدر؛ عدم الوقوع، [فأما إذا نقص عن مهر المثل في صورة الإطلاق، فعند البغوي وابن الصباغ ومجلي: الراجح - أيضًا - عدم الوقوع][(٨)]، وعند باقي العراقيين والقاضي الروياني: الراجح الوقوع، والأول أقوى توجيهًا؛ لما ذكرناه[(٩)] من إلغاء الفارق، ويؤيده أن الزوجة لو

(١) في د: شرطًا.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: مال.
(٤) سقط في التنبيه.
(٥) في د: إذا.
(٦) في س: بعموم.
(٧) سقط في س.
(٨) سقط في س.
(٩) في س: ذكرنا.

قيدت الإذن في النكاح بقدر، فنقص عنه الوكيل، لم ينعقد النكاح.

ولو أطلقت فزوج الوكيل بدون مهر المثل؛ لم ينعقد على الأصح، والزوج في هذا المقام كالزوجة ثم، وقد تحصل بمجموع ما ذكرناه في كل مسألة خمسة أقوال.

فائدتان:

إحداهما: يجوز أن يوكل [الزوج][(١)] في الخلع العبد والمكاتب والسفيه[(٢)] المحجور عليه، ولا يشترط إذن السيد والولي، وهل يجوز أن يوكل [امرأة؟ فيه وجهان:

الأصح منهما الجواز، وسيأتي الكلام في أصلهما في الطلاق.

ولا يجوز أن يوكل][(٣)] المحجور عليه بالقبض، فإن فعل، وقبض؛ ففي التتمة: أن المختلع يبرأ، ويكون الموكل هو المضيع لماله.

قلت: وكان ينبغي أن يفصل، فيقال: إن كان العوض معيبًا[(٤)] في الخلع، فهو كما[(٥)] قال، وإن كان في الذمة فيخرج على أن الحجر على السفيه يتعدى إلى نفسه، وفيه خلاف تقدمت فوائده:

فإن قلنا: يتعدى فقد ألحقناه بالصبي، والصبي لا يعتد بقبضه في مثل ذلك.

وإن قلنا: لا يتعدى، فيعتد به.

ومثل هذا الخلاف قد حكيناه فيما إذا أذن الولي لزوجة السفيه في إيصال عوض الخلع إليه، وأن الراجح الاعتداد به.

ولو وكلت الزوجة بالاختلاع سفيهًا محجورًا عليه، قال في التهذيب: لا يجوز، وإن أذن الولي، فإن فعل وقع الطلاق رجعيًا؛ كما لو اختلعت المحجورة نفسها؛ وهذا على ما ذكره صاحب التتمة فيما إذا أطلق، أما إذا أضاف المال إليها؛ فتحصل البينونة، ويلزمها المال؛ لأن الحجر على السفيه لدفع الضرر عنه، وليس في قبول الخلع عنها إضرار بالسفيه.

وعلى [مقتضى][(٦)] ما حكاه [الشيخ][(٧)] في كتاب الوكالة يكون جواب

---

(١) سقط في س.
(٢) زاد في س: و.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: معينًا.
(٥) زاد في س: لو.
(٦) سقط في س.
(٧) سقط في س.

صاحب التهذيب على الإطلاق؛ لأنه قال: ومن لا يجوز تصرفه فيما يوكل فيه، لا يجوز توكيله، ولا وكالته.

ولو وكلت الزوجة بالاختلاع عبدًا، فيجوز: أذن السيد أو لم يأذن؛ إن كان الاختلاع[١] على عين مالها، وإن كان على مالٍ في الذمة؛ نظر:

إن أضافه إليها فهي المطالبة، وإن أطلق، فإن لم يأذن السيد في الوكالة، فيطالب بالمال بعد العتق، وإذا غرم رجع على الزوجة إذا قصد الرجوع.

وإن أذن في الوكالة تعلق المال بكسبه؛ كما لو اختلعت الأمة بإذن السيد، وإذا أدى من كسبه؛ ثبت الرجوع على الموكلة؛ كذا حكاه الرافعي.

قلت: ويتجه في هذا بحثان:

أحدهما: أن الزوج إما أن يصدق المختلع على أنه خالع بالوكالة، أم لا:

إن لم يصدقه، فالحكم كما ذكر.

وإن صدقه فيتجه أن يتخرج على الخلاف في البيع في مثل هذه الصورة في أن الوكيل هل يطالب؟

والثاني: تعلق المال بالكسب فيه نظر؛ لأن إذن السيد في الوكالة إما أن يكون يفيد التصريح بالسفارة أو لا:

إن كان الأول، فإذا لم يصرح ينبغي أن يكون حكمه كما لو خالع بغير الإذن، وإن كان قد أطلق الإذن؛ فالإطلاق يحتمل التصريح بالسفارة، ويحتمل الإطلاق، فينبغي أن يحمل على التصريح؛ إذ لو حمل على الإطلاق لاقتضى الوفاء من الكسب الذي هو حق السيد بمقتضى إذنه، وقد بينا أن الإذن يحتملهما فحمل على التصريح؛ لأن الأصل عدم التعليق[٢]، والله أعلم.

ويجوز أن يكون وكيل الزوجة [والزوج][٣] كتابيًّا؛ لأن الكتابي قد يخالع المسلمة، ويطلقها؛ ألا ترى أن المرأة لو أسلمت، وتخلف الزوج، فخالعها في العدة، ثم أسلم، يحكم بصحة الخلع؟

الفائدة الثانية: هل يجوز أن يتولى [الوكيل][٤] الواحد طرفي الخلع؟ ينبني على أنه هل يتولى الوكيل الواحد طرفي البيع؟ وفيه خلاف:

---

(١) في س: الإيقاع. (٢) في س: التعلق. (٣) سقط في س. (٤) سقط في س.

فإن قلنا: يجوز في البيع [فهنا، أولى، وإن قلنا: لا يجوز][١] فهاهنا وجهان:

وجه الجواز: أن الخلع يكفي فيه اللفظ الواحد من أحد الجانبين؛ ألا ترى أنه لو قال: إن أعطيتني ألفًا، فأنت طالق، فأعطته، وقع الطلاق، وثبت الخلع، ومقصوده؛ وعلى هذا ففي الاكتفاء بأحد شقي العقد خلاف؛ كما في بيع الأب مال نفسه من ولده.

قال: وإذا خالع في مرضه - أي: المتصل بالموت - اعتبر ذلك من رأس المال حابى أو لم يحاب؛ لأنه يملك أن يطلق مجانًا، فإذا طلق بعوض، فقد زاد الورثة خيرًا.

ولأن المحسوب من الثلث هو ما ينقل[٢] إلى الورثة بعد الموت إذا تصرف فيه؛ لفواته عليهم، وليس البضع كذلك.

قال: وإذا[٣] خالعت في مرضها - أي: المتصل بالموت - بمهر المثل، اعتبر ذلك من رأس المال؛ كما لو اشترت شيئًا بثمن المثل.

فإن قيل: قد قلتم في خلع المكاتبة: إنه تبرع، وقضيته: أن يعتبر من الثلث وإن كان بمهر المثل أو أقل.

فالجواب: أن باب التصرف على[٤] المريض أوسع، وملكه أتم[٥]؛ ألا ترى أن له أن يصرف ماله في ملاذه وشهوته، وأنه يجوز له نكاح الأبكار وإن لم يقدر على الاستمتاع بهن، والمكاتب لا يتصرف إلا بقدر الحاجة؛ فينزل الخلع في حق المكاتبة منزلة التبرعات؛ لأنه من قبيل قضاء الأوطار الذي منع منه المكاتب دون المريض.

قال: وإن زادت على مهر المثل، اعتبرت الزيادة من الثلث[٦]؛ إذ لا يقابلها بدل؛ فأشبهت الهبة، فإذا اختلعت بعبد قيمته مائة، ومهر مثلها خمسون، فقد حابته بنصفه، فإن خرج من الثلث ملك العبد بجملته: نصفه عوضًا، ونصفه بالمحاباة.

وحكى الشيخ أبو حامد وجهًا آخر: أن له الخيار بين أن يفسخ العقد فيه، ويرجع إلى مهر المثل، وبين أن يأخذ العبد؛ لأنه دخل في العقد على أن يكون العبد كله عوضًا، ولم يكن.

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: ينتقل.
(٣) في التنبيه: وإن.
(٤) في س: عن.
(٥) في س: أثم.
(٦) في التنبيه: الثلاث.

وإن لم يخرج من الثلث، بأن كان عليها دين مستغرق، لم تصح المحاباة، والزوج بالخيار: إن شاء قنع بنصف العبد، وإن شاء فسخ، وضارب[١] بمهر المثل.

وإن كان لها وصايا أخر، فإن شاء الزوج أخذ نصف العبد، وضارب أصحاب الوصايا في النصف الآخر؛ لأنه فيه كأحدهم، وإن شاء فسخ المسمى، وتقدم بمهر المثل، ولا حق له في الوصية؛ لأن الوصية كانت في ضمن المعاوضة، وقد ارتفعت بالفسخ؛ كذا قاله الرافعي، وفيه نظر؛ وذلك أن الوصايا إن كانت مضافة إلى ما بعد الموت فالتبرع الناجز في المرض مقدم عليها، والمحاباة في هذه المسألة تبرع ناجز.

وإن كانت الوصايا منجزة في المرض، فالمقدم منها الأول فالأول؛ فالمضاربة لا وجه لها إلا على تقدير وقوع التبرعات في المرض والخلع دفعة واحدة، وذلك إما متعذر أو متعسر، وإن قدر إمكان وقوعه؛ فلا يحسن الإطلاق لإرادة هذه الصورة مع[٢] بُعدِها.

قال: **وإن اختلف الزوجان في الخلع، فادعاه الزوج، وأنكرت المرأة - بانت؛ مؤاخذة** له بقوله، والقول قولها في العوض؛ إذ الأصل عدم وجوبه عليها، وتجب لها النفقة والسكنى إلى انقضاء العدة؛ حكاه الرافعي.

قال: وإن[٣] **قال: خالعتك على ألف، فقالت: [خالعت غيري**، - أي][٤]: خالعت أجنبيًّا - بانت، والقول في العوض قولها؛ لما ذكرناه في المسألة قبلها، وليس لها في هذه نفقة؛ لاعترافها بالبينونة.

قال: ولو قال: خالعتك على ألف، فقالت: على ألف ضمنه زيد - أي: عني - لزمها الألف؛ لإقرارها؛ إذ الضمان يستدعي تقدم الثبوت؛ وهذا الكلام لا ينفعها؛ لأن ضمان الغير لا يقطع المطالبة عنها.

قال: **وإن قال: خالعتك على ألف في ذمتك، فقالت: على ألف في ذمة**[٥] **زيد** - [أي][٦]: التي [لي][٧] عليه - بانت بإقراره، وتحالفا على[٨] العوض؛ لأنهما اختلفا في عين[٩] العوض؛ فتحالفا؛ كما لو قال: خالعتك على هذه

---

(١) في س: صارت.
(٢) في س: من.
(٣) في س: أن.
(٤) سقط في س.
(٥) في التنبيه: ضمنها.
(٦) سقط في س.
(٧) سقط في س.
(٨) في س: في.
(٩) في س: الغير.

الدراهم التي في هذا الكيس فقالت: بل على هذه الدراهم التي في هذا الكيس الآخر.

قال: وقيل: يلزمها مهر المثل - [أي][١]: من غير تحالف - لأن ما في ذمة الغير لا يصح جعله عوضًا؛ لعدم القدرة على تسليمه[٢]، والتحالف إنما يشرع[٣] إذا ادعى كل واحد منهما عوضًا صحيحًا؛ وعلى هذا لابد من يمينها.

قال الشيخ أبو حامد: الخلاف في هذه المسألة مبني على أن ما في ذمة الغير هل يجوز بيعه [من غيره][٤]؟ فإن قلنا بالجواز، تحالفا؛ لما ذكرناه، وهو الأصح عند الشيخ أبي حامد، والمذهب في الشامل، ولم يحك في المهذب سواه، وإن كان قد حكى في بيع ما في ذمة الغير خلافًا، والظاهر منه الصحة.

وإن قلنا: لا يجوز؛ فلا تحالف.

قال الرافعي: وفي التتمة إذا قلنا: لا يجوز فهي تدعي فساد التسمية، وهو يدعي صحتها؛ فيجيء فيه الخلاف المذكور في نظائره؛ هذا آخر كلامه.

واعلم أن قضية هذا البناء أن يكون الصحيح عند الغزالي والرافعي - إن وافقا على البناء-: عدم جريان التحالف؛ إذ الصحيح عندهما عدم جواز البيع.

قال: وليس بشيء؛ لما قدمناه من أن الظاهر صحة بيع ما في الذمة.

ولو سلمت المرأة أنها خالعته، ولكن قالت: اختلعت بالوكالة عن زيد، وصرحت بالإضافة إليه؛ فالألف في ذمته، قال المراوزة: يتحالفان، ولم يحك في التهذيب سواه.

وحكى العراقيون وجهين:

أحدهما: أنهما يتحالفان؛ كما ذكره المراوزة.

والثاني: أنهما لا يتحالفان؛ لأنها أنكرت أصل الإلزام ، والأصل براءة ذمتها؛ فالوجه أن تحلف.

قال الإمام: وهذا الوجه متجه منقاس، غير أنهم أفسدوه بالتفريع، فقالوا: لا تحالف، ولكن يلزمها مهر المثل؛ وهذا على نهاية السقوط؛ لأنها إذا صدقت، فكيف تطالب وأثر التصديق أن يثبت الحكم عند النزاع على صفته إذا لم يكن نزاع، ولو صدق الزوج زوجته فيما ادعته من السفارة، لكان لا يلزمها شيء.

---

(١) سقط في س. (٢) في س: التسمية. (٣) في س: الشرع. (٤) سقط في س.

وفي التتمة الجزم بعدم التحالف، وهل القول قولها مع يمينها؛ لأنها تنكر أصل الالتزام؛ فيكون كإنكار أصل العقد فيما يتعلق بها، أو القول قوله مع يمينه؛ لأنها اعترفت بالعقد، وادعت ما يمنع المطالبة وهو الإضافة إلى غيره، والأصل عدمه؟ فيه وجهان.

إذا عرفت ذلك، وتأملت ما نقله الإمام عن العراقيين، أمكنك - أيضًا - أن تجعل صورة الكتاب ما إذا ادعت الخلع بالوكالة، وقد صورها الجيلي بها غير أنه لم يفصح فيما ذكره؛ وحينئذٍ فيستقيم قول الشيخ.

وقيل: يلزمها مهر المثل، وليس بشيء؛ لما ذكرناه عن الإمام.

ولو سلمت أنها لم تصرح بالإضافة، ولكن قالت: نويت، فإن قلنا: تتوجه المطالبة على الوكيل، لم تنقطع المطالبة بما تقوله؛ وكذا لو أنكر أصل الوكالة.

وإن قلنا: إن الوكيل لا يطالب فيتحالفان، أو يصدق الزوج، أو الزوجة؟ فيه الوجوه الثلاثة؛ كذا حكاه الرافعي.

قلت: ويتجه جريان الوجه الضعيف المنقول عن العراقيين.

قال: وإن اختلفا في قدر العوض، أو في عينه، أو في تعجيله - أي: هل هو حال أو مؤجل - أو في تأجيله - أي: بأن اتفقا على أصل الأجل واختلفا: هل هو شهر أم شهران مثلا - أو في عدد الطلاق الذي وقع به الخلع - أي: بأن قالت: طلقني ثلاثًا بألف، وقال الزوج: بل واحدة - تحالفا - أي: إذا لم تكن ثَمَّ بينة - لأنهما اختلفا في عوض العقد، ولا بينة لأحدهما؛ فتحالفا كالمتبايعين.

قال: ووجب مهر المثل؛ لأنه تعذر رد البضع إليه؛ فرجع إلى بدله [وهو مهر المثل][1] كما لو وقع التحالف بعد تلف المبيع.

وقيل: إن كان ما يدعيه الزوج أقل من مهر المثل لا يجب له مهر المثل، بل الذي يدعيه، وقد تقدم في الصداق مثله، وعليه سؤال وهو جارٍ هنا.

وحكى الحناطي وجهًا: أنه يرجع عليها بأكثر الأمرين من مهر المثل والمسمى في العقد، ولا أثر للتحالف في الطلاق، بل الواقع ما أقر به الزوج.

ثم القول في أن الفسخ يحصل بالتحالف أو يفسخ إن أصرا على النزاع، وفي كيفية اليمين، ومن يبدأ به؟ على ما تقدم في الصداق والبيع.

---

(١) سقط في س.

أما إذا أقام كل واحد منهما بينة على ما يقوله، فإن [كان][(١)] الاختلاف في غير عدد الطلاق [فتتعارض][(٢)] البينتان أو يقرع بينهما؟

قال الحناطي: فيه قولان.

وحكى ابن سريج - أيضًا - أنه يصار إلى أزيد البينتين.

وإن كان في الطلاق، فإن أرخت البينتان واتفق الوقت؛ تحالفا.

وإن اختلفا فالتي هي أسبق تاريخًا أولى؛ كذا حكاه الرافعي عن[(٣)] الحناطي.

فرع: لو أقامت المرأة على ما تدعيه من الطلاق شاهدًا واحدًا، لم تحلف معه؛ لأن الطلاق لا يثبت بالشاهد واليمين.

وإن أقام الرجل شاهدًا واحدًا، حلف معه؛ لأن قصده إثبات المال دون الطلاق؛ حكاه ابن الصباغ عن ابن الحداد، وفي التتمة لم يعزه.

قال: **وإن قال: طلقتك بعوض**، فقالت: طلقتني [بعد مضي الخيار، بانت بإقراره، والقول قولها في العوض؛ لأن الأصل براءة ذمتها، وعدم][(٤)] تطليقه على الفور.

وصورة المسألة: أن تقول له: طلقني على ألف، ويقول: طلقتك، ثم يختلفان: فيقول الزوج: طلقتك بعوض فادفعيه لي، وتقول هي: لم تطلقني على الفور، بل بعد زمان لا يعد كلامك فيه جوابًا لسؤالي؛ فلا تستحقه علي، وهو معنى قوله: بعد مضي الخيار، وسمى الزمان الذي يحصل فيه جواب الخطاب: زمان الخيار؛ لأنه ينسب[(٥)] لكل واحد منهما فيه الخيار من إتمام العقد وعدم إتمامه.

وإذا[(٦)] كان الاختلاف[(٧)] على العكس، فقالت: [طلقتني على الفور؛ فلك المال علي، ولا رجعة][(٨)]، وقال الزوج: لا، بل طلقتك بعد تطاول الفصل، أو: لم أقصد جوابك - فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الطلاق في ذلك الزمان، وهو من أهل إيقاع الطلاق.

فرع: لو قال: خالعتك أمس فلم تقبلي، وقالت: بل قبلت، فهل القول قولها، أو قوله؟ فيه خلاف مادته [قولا][(٩)] تبعيض الإقرار؛ كذا حكاه الرافعي في كتاب الإقرار، والله أعلم [بالصواب][(١٠)].

---

(١) في د: فيها من.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: و.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: يثبت.
(٦) في س: فلو.
(٧) في س: اختلاف.
(٨) سقط في س.
(٩) و(١٠) سقط في س.

كتاب الطلاق

وهو في اللغة [عبارة عن][1] حل القيد، والإطلاق؛ ومنه يقال: ناقة[2] طالق، أي: مرسلة ترعى حيث شاءت، وطلقت[3] البلاد؛ أي: تركتها.

وفي الشرع: اسم لحل عقدة[4] النكاح.

وهو لفظ جاهلي ورد الشرع باستعماله وتقريره كما قاله الإمام.

ويقال: طلق الرجل امرأته تطليقًا، وطلقت المرأة: بفتح اللام وضمها، والفتح أفصح، تطلق بالضم فيهما طلاقًا، فهي طالق وطالقة، ورجل مطلاق[5] [أي: كثير الطلاق للنساء.

والأصل فيه من الكتاب قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وغيرها من الآيات.

ومن السنة][6] ما روي أنه - عليه السلام - طلق حفصة ثم راجعها، وغير ذلك من الأخبار التي تأتي في مواضعها.

وأجمع المسلمون على أصل الطلاق.

قال: **يصح الطلاق من كل زوج بالغ عاقل مختار** - أي: قاصد لحروف الطلاق بمعنى الطلاق - لما ذكرناه من الأدلة، وسيأتي أمثلة ما احترز عنه الشيخ، رضي الله عنه.

قال: **فأما غير الزوج فلا يصح طلاقه** - أي: بغير نيابة شرعية، أو قولية - لا بالتنجيز[7]؛ كقوله لأجنبية[8]: أنت طالق، ولا بالتعليق[9]؛ كقوله: إن تزوجت امرأة - وعينها أو[10] لم يعينها - فهي طالق؛ لقوله ﷺ: «لا طَلاقَ إلا بَعْدَ

---

(١) سقط في س.
(٢) في د: ناقته.
(٣) في س: طلقتك.
(٤) في س: عقد.
(٥) في د: مطلق.
(٦) سقط في د.
(٧) في س: بالتخيير.
(٨) في س: للأجنبية.
(٩) في س: بالتعديل.
(١٠) في س: و.

نِكَاحٍ»[(١)]، ولما روي عن عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه - أنه قال: «دعتني أمي إلى قريب لها فراودني في المهر، فقلت: إن نكحتها فهي طالق ثلاثًا، ثم سألت النبي ﷺ، فقال: «انْكِحْهَا؛ فَإِنَّهُ لَا طَلَاقَ[(٢)] قَبْلَ النِّكَاحِ»[(٣)].

وبالقياس على ما إذا قال لأجنبية: إن دخلت الدار فأنتِ طالق، ثم تزوجها، فدخلت [الدار][(٤)]، فإنه لا يقع الطلاق بالاتفاق.

وفي أمالي أبي الفرج، وكتاب الحناطي أن منهم من أثبت في وقوع [الطلاق المعلق قولين][(٥)]، وفي الوسيط جعل قول الوقوع غريبًا، رواه صاحب التقريب عن موافقة أبي حنيفة؛ حكاه في الإملاء[(٦)].

واعلم: أن بعض الشارحين للمسألة الأخيرة استدل بقوله ﷺ: «لَا طَلَاقَ قَبْلَ النِّكَاحِ»[(٧)] مقتصرًا على ذلك، وهو غير كاف؛ لأن من قال بوقوع الطلاق يقول

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/ ٤١٩)، والبيهقي (٧/ ٣١٨) من طريق ابن جريج عن عمرو بن دينار عن طاوس عن معاذ بن جبل قال: قال رسول الله ﷺ: «لا طلاق إلا بعد نكاح، ولا عتق إلا بعد ملك».
وهذا إسناد ضعيف؛ لانقطاعه بين طاوس ومعاذ.
قال العلائي في جامع التحصيل ص (٢٠١): طاوس بن كيسان، قال ابن المديني: لم يسمع من معاذ بن جبل شيئًا. وقال يحيى بن معين: لا أراه سمع من عائشة، وقال أبو زرعة: لم يسمع من عثمان شيئا، وقد أدرك زمنه. وطاوس عن عمر وعن علي وعن معاذ مرسل رضي الله عنهم. اهـ.
الحديث ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/ ٣٣٧) وقال: رواه الطبراني في الأوسط ورجاله ثقات إلا أن طاوسًا لم يلق معاذ بن جبل.
تنبيه: صحح هذا الحديث الحاكم على شرطهما، ووافقه الذهبي، وهو وهم للانقطاع المعروف بين طاوس ومعاذ.
وفي الباب عن جماعة من الصحابة وهم: علي، وعائشة، وجابر، وابن عباس، والمسور بن مخرمة، وابن عمر، وأبو ثعلبة الخشني رضي الله عنهم.

(٢) زاد في د: ألا.

(٣) ذكره الحافظ في تلخيص الحبير (٣/ ٤٥٦) وقال: لم أجد له أصلا من حديث عبد الرحمن ابن عوف، لكن قريب من هذه القصة ما أورد الدارقطني من حديث زيد بن علي بن الحسين عن آبائه أن رجلا أتى النبي ﷺ فقال يا رسول الله: إن أمي عرضت علي قرابة لها أن أتزوجها فقلت: إن تزوجتها فهي طالق ثلاثا، فقال: «هل كان قبل ذلك من ملك»، قال: لا، قال: «لا بأس تزوجها». وإسناده ضعيف.
قلت: أخرجه الدارقطني (٤/ ١٩، ٢٠) كتاب الطلاق، حديث (٥٢).

(٤) سقط في س.

(٥) سقط في س.

(٦) في س: الإتلاف.

(٧) تقدم.

بموجبه؛ فإنه يقول: الطلاق إنما يقع بعد النكاح.

[قال: وكذلك الصبي لا يصح طلاقه؛ لقوله ﷺ: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ...»[(١)] الخبرَ المشهور.

قال في التتمة: ومعنى رفع القلم: ألا يلزمه حكم][(٢)].

قال: ومن زال عقله بسبب يعذر فيه: كالمجنون، والنائم، والمبرسم، لا يصح طلاقه؛ للخبر، ولقوله ﷺ: «كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ، إِلَّا طَلَاقَ الْمَعْتُوهِ، وَالْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِهِ»[(٣)] رواه الترمذي.

ومن هذا القسم [ما][(٤)] إذا أُوجِرَ الخمر، أو أكره على شربه، أو شرب ما لم يعلم أنه من جنس ما[(٥)] يسكر.

واعلم: أن الشيخ عد النوم من الأمور التي تزيل العقل هنا[(٦)]، وكلامه في باب ما ينقض الوضوء يرشد إليه أيضًا. وفي كتاب الأيمان مصرحًا به، وقد اعترض على ذلك بأن النوم لا يزيل العقل، ولكن يستره، وكذلك الإغماء لا يزيله، بل يغمره، وإنما المزيل [له][(٧)] الجنون، وقد صرح بذلك الغزالي في [الوسيط][(٨)] والجواب عنه: أنا إذا حددنا العقل، وجدنا النوم يزيله، والصحيح في حده[(٩)] عند علمائنا - على ما حكاه مجلي عنهم في هذا الباب-: أنه [صفة][(١٠)] يتهيأ للإنسان بها درك النظريات العقلية، وتلك الصفة من قبيل العلوم الضرورية، وإذا كان كذلك فلا اعتراض عليه حينئذ، والله أعلم.

---

(١) تقدم. (٢) سقط في س.

(٣) أخرجه الترمذي (٢/ ٤٨١) أبواب الطلاق، باب: ما جاء في طلاق المعتوه (١١٩١) من طريق مروان بن معاوية الفزاري، عن عطاء بن عجلان، عن عكرمة بن خالد المخزومي عن أبي هريرة......به.
قال الترمذي: لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث عطاء بن عجلان، وعطاء بن عجلان ضعيف ذاهب الحديث.
وأخرجه البغوي في الجعديات (٧٦٤)، (٧٦٥)، (٧٦٦) والبيهقي (٧/ ٣٥٩) عن علي ابن أبي طالب موقوفًا، وذكره العلامة الألباني في الإرواء (٧/ ١١٠)، وصحح الرواية الموقوفة، وضعَّف المرفوعة.

(٤) سقط في س. (٥) زاد في س: كم. (٦) في س: هذا.

(٧) سقط في س. (٨) بياض في س. (٩) في س: حدنا.

(١٠) سقط في س.

قال: ومن زال عقله بسبب لا يعذر فيه: كالسكران، ومن شرب ما يزيل عقله لغير حاجة، وقع طلاقه.

أما وقوع طلاق السكران؛ فلأن الله تعالى كلفه[(١)] في حالة السكر؛ بقوله تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣]، ولأن عليًّا - كرم الله وجهه - رأى إيجاب حد المفترى عليه، لهذيانه، ووافقه الصحابة عليه؛ فدل على أن لكلامه حكمًا، وأنه مكلف، وإذا كان كذلك وقع طلاقه كالصاحي.

ولأنه جعل كالصاحي بالنسبة إلى قضاء الصلوات التي مرت عليه مواقيتها في زمن السكر بلا خلاف على ما حكاه الإمام، فليكن كالصاحي في وقوع طلاقه، [وهل يقع طلاقه][(٢)] في الباطن كما يقع في الظاهر؟ فيه وجهان.

وأما من شرب ما يزيل عقله بغير حاجة؛ فبالقياس عليه؛ لاشتراكهما في التعدي؛ وهذه طريقة [القاضي][(٣)] أبي حامد.

وقيل: إنه كالمجنون، وعليه يدل [ظاهر][(٤)] ما نقله المزني في المختصر، واختاره الإمام؛ لأن الطبع لا يدعو إلى تناوله، وإنما صرنا إلى الوقوع في السكر[(٥)]؛ تغليظًا عليه، للحاجة إلى الزجر.

قال: وقيل: فيه قولان:

أشهرهما: أنه يقع طلاقه؛ لما قدمناه.

والثاني: أنه لا يقع، وبه قال [المزني، ويحكى عن ابن سريج][(٦)] وأبي طاهر الزيادي وأبي سهل الصعلوكي، وابنه سهل؛ لأنه لا يفهم، ولا يعقل؛ فليس له قصد صحيح؛ [فأشبه المجنون][(٧)]، أو لأنه مفقود الإرادة؛ فأشبه المكره؛ وهذا الطريق قال الرافعي: إنه أصح، وبه قال الأكثرون.

وفي النهاية: أنه لا يُلفَى للشافعي نص: أنه لا يقع طلاقه، ولكن نص في القديم على قولين في ظهاره؛ فمن الأصحاب من نقل من ظهاره [قولاً][(٨)] إلى الطلاق، وخرج المسألة على قولين.

---

(١) في س: كلف.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: السكران.
(٦) في س: المزي.
(٧) في س: فهو كالمجنون.
(٨) سقط في س.

وأما سائر تصرفاته، ففيها طرق للأصحاب:

منهم من قال: أفعاله: كالقتل، والقطع، وغيرهما، يسلك [به](١) فيها [مسلك](٢) الصاحي.

وفي أقواله: كالعتاق، والإسلام والردة، والبيع، والشراء، وغيرها - قولان.

ومنهم من خص من جملة أقواله البيع والشراء، وقال: لا يصح بلا خلاف؛ لأنه لا يعلم ما يعقد عليه، والعلم شرط في المعاملات.

ومنهم من خص القولين فيما له: كالنكاح، أما ما عليه: كالضمان، والإقرار، فهو نافذ لا محالة؛ تغليظًا عليه.

وعلى هذا فلو كان التصرف له من وجه وعليه من وجه: كالبيع، والإجارة، فيحكم بنفوذه؛ تغليبًا لطرف التغليظ.

وفي التهذيب: أنه تصح إجارته، ولا يصح بيعه؛ لأنه يجمع ما له وعليه؛ فغلب ما له؛ وكذلك لا يصح نكاحه، ولا إنكاحه(٣).

ومن الأصحاب من طرد القولين في جميع أقواله وأفعاله كلها فيما له وعليه، قال الإمام: وأشهرها(٤) طرد القولين في الجميع، وعلى هذه الطريقة ينطبق ما يقال: إن القول اختلف في أن السكران كالصاحي أو المجنون.

وفي حد السكران عبارات:

فعن الشافعي: أنه الذي اختلط كلامه المنظوم، وانكشف سره المكتوم. وعن

---

(١) سقط في س. (٢) سقط في س.

(٣) قوله: وفي طلاق السكران قولان، ثم قال: ومنهم من خص القولين في ما له كالنكاح، أما ما عليه، كالضمان، والإقرار، فهو نافذ لا محالة تغليظًا عليه.
وعلى هذا فلو كان التصرف له من وجه، وعليه من وجه؛ كالبيع، والإجارة، فيحكم بنفوذه تغليبًا لطرف التغليظ.
وفي التهذيب: أنه يصح الإجارة ولا يصح بيعه؛ لأنه يجمع ما لَهُ وعليه؛ فغلب ما له، وكذلك لا يصح نكاحه ولا إنكاحه. انتهى كلامه.
وما نقله عن التهذيب تفريعًا على صحة ما عليه دون مَا لهُ من صحة الإجارة دون البيع - غلط نشأ عن تحريف، فإن صاحب التهذيب قال ما نصه: فعلى هذا يصح إقراره، ولا يصح بيعه؛ لأنه يجمع ما له وعليه، فيغلب جانب ما له وكذلك لا يصح نكاحه ولا إنكاحه. هذا لفظ التهذيب فتحرف الإقرار بالإيجاز ثم عبر هو عنه بالإجازة. [أ و].

(٤) في د: أشهرهما.

المزني: أنه الذي لا يفرق بين الأرض والسماء، وبين أمه وامرأته. وقيل: هو الذي يفضح ما كان يحتشم منه.

وقيل: هو الذي يتمايل في مشيه، ويهذي في كلامه.

وقيل: هو الذي لا يعلم ما يقول.

وعن ابن سريج - وهو الأقرب، على ما حكاه الرافعي-: أن الرجوع فيه إلى العادة، فإذا انتهى إلى حالة من التغيير[١]، يقع عليه اسم: السكران؛ فهو موضع الكلام.

ولم يرض الإمام هذه العبارات، لكن قال: شارب الخمر يعتريه ثلاثة أحوال:

أحدها : أن يعتريه هزة وطربة، وتدب الخمر فيه، ولا تستولي عليه بعد؛ فلا يزول[٢] العقل في هذه الحالة، وربما يختل.

والثانية : نهاية السكر، وهو أن يصير طافحًا، ويسقط كالمغمى عليه لا يتكلم، ولا يكاد يتحرك.

[و][٣] الثالثة: حالة متوسطة بينهما، وهي[٤] أن تختلط أحواله؛ فلا تنتظم أقواله، وأفعاله ويبقى تمييز وفهم وكلام، فهذه الحالة في نفوذ الطلاق فيها الخلاف الذي بيناه، وأما الحالة الأولى فينفذ الطلاق فيها لا محالة، وأما الثانية فالأظهر عند الإمام - وهو الذي ذكره الغزالي-: أنه لا ينفذ الطلاق.

ومن الأصحاب من جعله على الخلاف.

قال الرافعي: وهذا أوفق لإطلاق أكثرهم.

وقول الشيخ - رضي الله عنه-: لغير حاجة يحترز به عما إذا شربه لحاجة[٥] التداوي؛ فإن حكمه حكم المجنون، وقد صرح بذلك في المهذب، والغزالي في الوجيز.

قال الرافعي: ولك أن تقول: في التداوي خلاف، فإن جرى ذلك الخلاف في الدواء المزيل للعقل، [وقد اطرده][٦] في القليل والكثير، فالمذكور [هاهنا][٧]

---

(١) في س: المعتبر.
(٢) في س: يزال.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: هو.
(٥) في س: بحاجة.
(٦) في س: وقدر المراده.
(٧) في س: هنا.

جواب على جواز التداوي.

ويمكن أن يقدر تخصيص الخلاف بالقدر الذي يزيل العقل، وتصور هذه الصورة بما إذا ظن أن القدر الذي تناوله لا يزيل العقل، وكذلك صور بعضهم.

وإن لم يجر[١] ذلك الخلاف في الدواء المزيل للعقل، فيشبه[٢] أن الطبع يدعو إلى شرب الخمر؛ فيحتاج فيه إلى المبالغة والزجر، بخلاف الأدوية[٣].

قال: ومن[٤] **أكره بغير حق بالتهديد[٥] بالقتل، أو القطع، أو الضرب المبرح لا يقع طلاقه.**

ذكر الشيخ هذا الفصل لبيان أمرين:

أحدهما: أن طلاق المكره بغير حق غير واقع.

والثاني: ما به الإكراه.

والدليل على الأول ما روي أنه ﷺ قال: «لَا طَلَاقَ فِي إِغْلَاقٍ»[٦]، قال

---

(١) في س: يجز.

(٢) في س: ويشبه.

(٣) في س: الدواء.

(٤) في التنبيه: وإن.

(٥) في س: كالتهديد.

(٦) أخرجه أحمد (٦/ ٢٧٦)، وأبو داود (٢/ ٦٤٢) كتاب الطلاق، باب: في الطلاق على الغلط، حديث (٢١٩٣)، وابن ماجه (١/ ٦٦٠) كتاب الطلاق، باب: طلاق المكره والناسي، حديث (٢٠٤٦)، والحاكم (٢/ ١٩٨) كتاب الطلاق، باب: لا طلاق ولا عتاق في إغلاق، والبيهقي (٧/ ٣٥٧) كتاب الطلاق، باب: ما جاء في طلاق المكره، وابن أبي شيبة (٥/ ٤٩)، والدارقطني (٤/ ٣٦)، وأبو يعلى (٧/ ٤٢١) رقم (٤٤٤٤) من حديث محمد بن عبيد بن أبي صالح عن صفية بنت شيبة عن عائشة قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق».
وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه.
وتعقبه الذهبي فقال: محمد بن عبيد لم يحتج به مسلم، وقال أبو حاتم: ضعيف.
وقد توبع على هذا الحديث تابعه زكريا بن إسحاق ومحمد بن عثمان.
أخرجه الدارقطني (٤/ ٣٦) كتاب الطلاق والخلع والإيلاء رقم (٩٩)، والبيهقي (٧/ ٣٥٧) كتاب الخلع والطلاق، باب: ما جاء في طلاق المكره من طريق قزعة بن سويد نا زكريا بن إسحاق، ومحمد بن عثمان جميعًا عن صفية بنت شيبة عن عائشة أن النبي ﷺ قال: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق».
قال أبو الطيب آبادي في التعليق المغني (٤/ ٣٦، ٣٧): الحديث في إسناده قزعة بن سويد الباهلي البصري.
قال البخاري: ليس بذاك القوي ولابن معين فيه قولان، وقال أحمد: مضطرب الحديث، وقال أبو حاتم: لا يحتج به، وقال النسائي: ضعيف.
=

أبو عبيدة، والقتيبي: الإغلاق: الإكراه.

ولأنه قول[١] لو قاله بالاختيار بانت زوجته، فإذا حمل عليه بإكراه باطل؛ وجب أن يلغو كالردة.

وفي الجيلي: [حكاية قول: أن طلاقه][٢] يقع، وهو محكي - أيضًا - في[٣] تعليق القاضي الحسين.

والصحيح[٤] المشهور الأول، لكن بشروط:

أحدها: أن يكون الـمُكرَه غير قادر على دفع الـمُكرِه بفرار أو معاونة أو استعانة بآخر.

[و][٥] **الثاني**: أن يغلب على ظنه أن ما توعده[٦] به إن لم [يطلق][٧] يوقعه به، لولايته أو شدة بطشه.

وعن أبي إسحاق [أنه قال:][٨] لا إكراه إلا بأن ينال بالضرب[٩].

والثالث: ألا يقدر على أن يورِّي؛ مثل أن يكون غبيًّا أو لحقته دهشة، فإن قدر على التورية؛ مثل أن ينوي [بالطلاق من الوثاق][١٠]، أو طلاق حفصة زوجة غيره، أو يقول في قلبه: إن شاء الله تعالى، [ولو][١١] لم يفعل فوجهان:

اختيار القفال منهما: الوقوع.

وأصحهما - على ما ذكره البغوي، والقاضي الروياني -: المنع؛ هكذا حكاه الرافعي.

= ذكر الحديث البخاري في التاريخ الكبير (١/ ١٧٢) من طريق يحيى بن يحيى أخبرنا إسماعيل بن عياش، عن عطاف بن خالد، عن محمد بن سعيد، عن عطاء بن أبي رباح، عن عائشة، عن النبي ﷺ به. وقد رجح أبو حاتم الطريق الأول، وهو طريق صفية على هذا الطريق، فقال ابن أبي حاتم في العلل (١/ ٤٣٠) رقم (١٢٩٢): سألت أبي عن حديث رواه محمد بن إسحاق، عن ثور بن زيد الديلي، عن محمد بن عبيد، عن صفية بنت شيبة، عن عائشة، عن النبي ﷺ أنه قال: «لا طلاق ولا عتاق في غلاق»، ورواه عطاف بن خالد قال: حدثني محمد بن عبيد، عن عطاء، عن عائشة، عن النبي ﷺ. قلت: أيهما الصحيح؟ قال: حديث صفية أشبه. قيل: لأبي ما معنى قول النبي ﷺ لا طلاق ولا عتاق في غلاق قال يعني في استكراه.

(١) في س: قوله. (٢) في س: وجه أن. (٣) في س: عن.
(٤) في س: ولكن الصحيح. (٥) سقط في س. (٦) في س: توعد.
(٧) سقط في س. (٨) سقط في س. (٩) في د: الضرب.
(١٠) في د: الطلاق والوثاق. (١١) سقط في س.

وفي الشامل والنهاية: إطلاق الوجهين من غير تفصيل، لكن الإمام أبدى التفصيل من عند نفسه.

وفيما قاله الرافعي من أن يقول في قلبه[١]: إن شاء الله نظر؛ فإن شرط [ما][٢] تعتبر التورية به أن يكون إذا نواه المطلق في حال الاختيار يدين به في الباطن، وقوله: إن شاء الله لا يدين به في الباطن؛ على ما قاله في التهذيب مجملا، وبينه في كتاب التهذيب، ومصرحًا به في المهذب وغيره.

نعم: حكي عن القفال: أنه يدين؛ فلعله أراده.

[و][٣] **الرابع**: ألا يظهر منه ما يدل على اختياره؛ فإن ظهر؛ بأن خالف المُكرِه، وأتى بغير ما حمل عليه؛ فيحكم بوقوع الطلاق؛ لأن مخالفته تشعر باختياره.

قال مجلي: ويتجه أن يكون هذا مفرعًا على القول بوقوع الطلاق عند نيته، أما إذا قلنا بعدم الوقوع، فلا.

ولمخالفته صور:

إحداها: أن يقول: طلق طلقة، فيطلق ثلاثًا، [أو بالعكس][٤] فإنه يقع الطلاق[٥].

وللإمام احتمال في الأخيرة؛ لأنه قد يقصد دفع مكروهه[٦] بإجابته إلى بعض مطلوبه، ولا يقصد إيقاع الواحدة.

ولو أكره على طلاق حفصة، فقال لها ولعمرة: طلقتكما؛ طلقتا.

ولو قال: طلقت حفصة وعمرة، لم تطلق حفصة على ما حكاه في التهذيب والتتمة، ولم يفصل الإمام بين العبارتين.

وأطلق عن الأصحاب الحكم بوقوع الطلاق عليهما وأبدى فيه احتمالاً؛ لأنه لا يبعد أن يكون مختارًا في طلاق الثانية.

ولو أكره على طلاق إحدى زوجتيه، فطلق واحدة بعينها، وقع الطلاق.

وفي التتمة ذكر خلاف فيه.

---

(١) في س: نفسه.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: أو على العكس.
(٥) في س: ثلاثًا.
(٦) في س: مكروه.

فروع:

أحدها: لو أكره على الطلاق، فأتى به، ونوى[(١)] الطلاق؛ ففيه وجهان[(٢)]:

الأصح: الوقوع.

قلت: ويمكن أن يترتب الوجهان على اشتراط التورية[(٣)]، فإن قلنا بالوقوع عند عدم التورية فهاهنا أولى، وإن قلنا بعدم الوقوع [ثم][(٤)] فهاهنا وجهان.

وفي الذخائر: أنه ينبغي بناء الوجهين في اشتراط عدم التورية على هذا الخلاف، فإن قلنا عند نية الطلاق: لا يقع، فعند عدم التورية أولى، وإن قلنا بالوقوع[(٥)] [ثم][(٦)] فهاهنا[(٧)] وجهان، وما قاله ليس بأولى مما قلناه.

الثاني: لو قال: طلق زوجتك[(٨)] وإلا قتلتك، [وطلقها][(٩)]، طُلِّقت على [هذا][(١٠)] المذهب، حكاه في التتمة، والقاضي الحسين في التعليق.

ولو أكره[(١١)] على الإقرار بالطلاق، فلا عبرة بإقرار الوكيل، وهل يكون بإكراهه[(١٢)] مقرًّا بالطلاق؟ فيه وجهان.

الثالث: إذا أكره الوكيل بالطلاق على الطلاق، أبدى الروياني فيه احتمالين:

الأصح منهما: عدم الوقوع.

قلت: ويتجه أن يتخرج هذا على الفرع الأول، فإن قلنا: [إنه][(١٣)] لا يقع ثم؛ لأن الإكراه أسقط أثر اللفظ؛ فكذلك هنا.

وإن قلنا: إنه يقع ثم؛ لقصده ورضاه، فكذلك هاهنا.

وقوله - رضي الله عنه-: [بحق][(١٤)] يحترز به عن المُولي إذا أكره على الطلاق بعد المدة فإنه يقع طلاقه[(١٥)]، وقد نبه على ذلك في المهذب، وفيه نظر من وجهين:

---

(١) في س: أو نوى.
(٢) في د: فوجهان.
(٣) في د: عدم التورية.
(٤) سقط في س.
(٥) في د: بالرجوع.
(٦) سقط في س.
(٧) في د: فهنا.
(٨) في د: زوجتي.
(٩) سقط في د.
(١٠) سقط في س.
(١١) في د: أكرهه.
(١٢) في س: بالكراهة.
(١٣) سقط في س.
(١٤) سقط في س.
(١٥) في س: الطلاق.

أحدهما: أن الحق الواجب على المولي أحد الأمرين: إما الفيئة[(١)] أو الطلاق، والإكراه يكون على الوفاء بالحق على هذا الوجه، ومن أكره بغير حق على فعل أحد أمرين من غير تعيين[(٢)]، ففعل أحدهما على التعيين، كان كفعله بغير إكراه؛ كما تقدم ذكره فيما إذا أكره على طلاق إحدى زوجتيه؛ فكيف [يحسن][(٣)] أن يحترز[(٤)] عنه؟

وجوابه أنا لا نسلم أنه [إذا][(٥)] أكره على فعل أحد الأمرين على الإبهام، ففعله على التعيين: أنه ينتفي الإكراه [ظاهرًا][(٦)] على ما حكاه في التتمة.

وعلى تقدير التسليم فالفرق[(٧)] أن ثم يمكنه أن يطلق إحداهما على الإبهام، فحيث عدل عنه إلى التعيين، كان مختارًا فيه، وهاهنا لا يمكنه أن يفعل أحدهما على الإبهام، فكان من ضرورة الإكراه التعيين.

ولقائل أن يقول: ما ذكرته من[(٨)] الفارق موجود فيما إذا أكره[(٩)] على قتل أحد الرجلين، ومع هذا لا يخرج به عن أن يكون مختارًا في القتل على المذهب، وكذلك فيما [إذا][(١٠)] أكره على طلاق زينب أو عمرة؛ خلافًا للقاضي الحسين [فيهما][(١١)] على ما حكاه في التعليق، وإذا كان كذلك دل على عدم تأثير الفرق.

الثاني: أن الاحتراز إنما يحسن إذا قلنا: إن الإكراه يكون بغير القتل والقطع، أما إذا قلنا: إنه لا يحصل إلا بالقتل أو القطع، فالقاضي لا ينتهي في حق المولي إلى هذا الحد؛ فلا يحسن الاحتراز عنه.

وأما الثاني - وهو ما يحصل به الإكراه-: فقد قال الشيخ: إن التهديد بالقتل والقطع - أي: غير المستحق - والضرب المبرح - [أي][(١٢)]: الذي يخاف منه الهلاك - يحصل به الإكراه.

ووجهه: أن أهل العرف يعدونه إكراهًا؛ وهذا ما اختاره أبو إسحاق مقتصرًا عليه على ما حكاه الرافعي.

---

(١) في د: النية.
(٢) في د: تعين.
(٣) سقط في س.
(٤) في د: تحرز.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في س.
(٧) في د: فالفرق.
(٨) في د: في.
(٩) في س: أكرهه.
(١٠) سقط في س.
(١١) سقط في د.
(١٢) سقط في س.

وفي الذخائر عزاه إليه وإلى جماعة من المحققين، وقال: ضابطه كل ما يتضمن إرهاقًا إلى الملتمس على وجه لا يبقي للمكره قدرة على المخالفة، ويكون اختياره في فعل الذي أكره عليه مضاهيًا لاختيار من يطأ شوكًا؛ للفرار من الأسد، ولا يحس به.

وفي كلام الرافعي ما يدل [على أن][١] هذا الضابط لطريقة أخرى غير طريقة أبي إسحاق.

وألحق ابن أبي هريرة وكثير من الأصحاب بالقتل: الضرب الشديد، والحبس، وأخذ المال، وإتلافه.

لكن الضرب والحبس يختلف باختلاف طبقات[٢] الناس وأحوالهم، والتخويف بالقتل، والقطع، وأخذ المال لا يختلف.

[و][٣] قال الماسرجسي: يختلف التخويف بأخذ المال - أيضًا - فلا يكون تخويف الموسر بأخذ خمسة دراهم منه إكراهًا، وعليه يدل كلام الشيخ في المهذب.

قال القاضي: وهذا هو الاختيار.

وفي المهذب تقييد[٤] الحبس [بالحبس الطويل][٥].

أما القتل والقطع المستحق إذا هدد به: كما إذا قال ولي القصاص لمن عليه القصاص: طلق زوجتك، وإلا اقتصصت منك - فلا يكون إكراهًا، والله أعلم.

قال: ومن أكره بضرب قليل، أو شتم، وهو من ذوي الأقدار، فالمذهب أنه لا يقع طلاق؛ لأنه يصير بذلك مكرهًا عرفًا، ويلتحق بذلك التهديد بقتل الوالد أو الولد أو إذهاب[٦] الجاه.

وقد قيل في ضابط ذلك: إن الإكراه يحصل بكل[٧] ما لا يؤثره العاقل على ما أكره عليه، ويقتضي الحزم[٨] إجابة المُكرِه؛ حذرًا[٩] منه.

---

(١) في س: عليه.
(٢) في د: صفات.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: يفسد.
(٥) في س: بالطويل.
(٦) في س: ذهاب.
(٧) في د: بفعل.
(٨) في س: الجزم.
(٩) في د: قدرًا.

قال الرافعي: غير أن الأظهر على هذه الطريقة أن التهديد بإتلاف المال لا يكون إكراهًا.

قال: وقيل: يقع، كما لو لم يكن من ذوي الأقدار، وهذا الوجه جارٍ في [الصور الأخرى][1].

وفي التهذيب الجزم به في قتل الوالد.

وفي النهاية حكاية وجه عن العراقيين: أنه لا إكراه إلا بالقتل.

والأرجح عند الشيخ أبي حامد وابن الصباغ وغيرهما: ما حكي عن ابن أبي هريرة.

ووراء ما ذكرناه طرق أخر يرجع بعضها عند التحقيق[2] إلى ما ذكرناه.

فروع:

التهديد بقتل ابن العم لا يكون إكراهًا.

وفي التهديد بقتل المحرم وجهان على قولنا بأن التهديد بقتل الوالد[3] [يكون][4] إكراهًا.

والتهديد بالنفي عن البلد إذا كان فيه تفريق بينه وبين أهله، كالحبس الدائم، والأصح أنه إكراه، وهو ما حكاه في المهذب.

وإن لم يكن فيه تفريق فوجهان:

أشبههما: أنه إكراه أيضًا.

والتخويف باللواط كالتخويف بإتلاف المال عند صاحب التهذيب.

وحكى القاضي الحسين في التعليق [فيه و][5] في المرأة إذا هددت بالزنا عن المراوزة: أنه لا يكون إكراهًا.

وعلى طريقة العراقيين: إن قصد بذلك تشنيعها[6]، وظهور الزنا عليها، يكون إكراهًا، كإذهاب الحياة[7].

وأمر السلطان ينزل منزلة الإكراه على أحد القولين، حكاهما في التهذيب.

---

(١) في س: الصورة الأخيرة.
(٢) في س: التحقق.
(٣) في س: الولد.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: فهو.
(٦) في س: تشنعها.
(٧) في س: الحياء.

ولا يحصل الإكراه بالتخويف بالعقوبة الآجلة، مثل أن يقول: طلق زوجتك وإلا قتلتك غدًا، ولا بأن يقول: وإلا قتلت نفسي أو كفرت[1]، [والله أعلم][2].

واحترزنا بالقيد الأول من القيد الأخير عمن سبق لسانه إلى كلمة الطلاق في محاورة فكان يريد أن يقول طلبتك[3]، فقال: طلقتك، فإنه[4] لا يقع طلاقه، ولكن لا تقبل[5] دعوى سبق اللسان منه في الظاهر إلا إذا وجدت قرينة تدل عليه؛ فحينئذ يجوز تصديقه، ولمن سمعه[6] ألا يشهد عليه؛ هذا هو الاختيار على ما حكاه الروياني عن الحاوي وغيره.

وظاهر كلام الشافعي عدم القبول مطلقًا؛ وهذا بخلاف ما إذا كان اسم امرأته يقارب حروف الطلاق: كالطالع، والطالب، والطارق، فقال: يا طالق، ثم قال: أردت أن أناديها باسمها فالتقت الحروف بلساني[7]؛ فإنه يقبل قوله في الظاهر؛ لقوة القرينة وظهورها.

وبالقيد الثاني منه عما إذا كانت زوجته تسمى: طالِقَ فقال: يا طالق وقصد النداء بالاسم، فإنه لا يقع الطلاق.

ولو قصد الطلاق. وقع.

وإن أطلق، ولم ينو شيئًا، فعلى أي المحملين يحمل؟ فيه وجهان:

أشبههما في التهذيب: الحمل على النداء.

وفي «النهاية»: تقريبهما[8] مما إذا قال: أنت طالق، [أنت طالق][9] ولم ينو بالتكرار[10] التأكيد، والأظهر هناك أنه يقع طلقتان.

ولو قال لها: أنت طالق، وقال: أردت به: اسمك: طالق، ففي الباطن يصدق، وفي ظاهر الحكم وجهان في التتمة.

أما الهازل فيقع [طلاقه][11] ظاهرًا وباطنًا؛ لقوله ﷺ: «ثَلَاثَةٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: الطَّلَاقُ، وَالعَتَاقُ، وَالنِّكَاحُ»[12].

---

(١) في د: كذبت.
(٢) سقط في س.
(٣) في د: طلقتك.
(٤) في س: لأنه.
(٥) في س: يقبل دعوى.
(٦) في س: لاسمعه.
(٧) في س: لساني.
(٨) في س: تقويتهما.
(٩) سقط في س.
(١٠) في س: بالثاني.
(١١) سقط في س.
(١٢) أخرجه أبو داود (١/ ٦٦٦)، كتاب الطلاق، باب: في الطلاق على الهزل (٢١٩٤)، والترمذي =

وصورته أن تداعبه[(١)] زوجته، فتقول له: طلقني ثلاثًا، فيقول لها: أنت طالق، وقصده: أنه[(٢)] لا يقع.

وطلاق الجاهل والناسي واقع على المذهب المشهور، وذلك مثل أن يخاطب امرأة بالطلاق على ظن أنها زوجة غيره، أو[(٣)] كانت في ظلمة، أو في حجاب، أو نسي أن له زوجة، فطلقها، أو قبل له أبوه في صغره، أو وكيله في كبره نكاح امرأة، وهو لا يدري، فقال: زوجتي طالق، وللإمام فيه احتمال؛ لأنه إذا لم يعرف بالزوجية[(٤)] لا يكون قاصدًا لقطعها، وإذا لم يقصد الطلاق وجب ألا يقع.

قلت: واحتماله في صورة الجهل يشابه ما حكي عن ابن الحداد فيما إذا نادى زوجته زينب، فأجابته عمرة، فقال لها: أنت طالق، وقال: ظننتها زينب مقتصرًا عليه؛ فإنه حكي أن زينب لا تطلق، وهل تطلق عمرة؟ فيه وجهان:

فوجه عدم الوقوع يشابه [هذا][(٥)] الاحتمال، بل هو هو.

وإذا قلنا بالوقوع فهو في الظاهر، وهل يقع في الباطن؟ أطلق أبو العباس [الروياني][(٦)] فيه وجهين.

وفي التتمة بناهما على أن الإبراء عن الحقوق المجهولة [هل][(٧)] يصح؟ إن قلنا: لا [يصح][(٨)] فلا يقع طلاقه.

فرع: العجمي إذا لقن كلمة الطلاق، وهو لا يعرف معناها، لا يقع [طلاقه][(٩)].

= (٣/ ٤٩٠)، كتاب الطلاق، باب: ما جاء في الجد والهزل في الطَلاَق (١١٨٤)، وابن ماجه (١/ ٦٥٧) كتاب الطلاق، باب: من طلق أو نكح أو راجع لاعبا (٢٠٣٩)، والطحاوي في شرح المعاني (٣/ ٩٨)، والدارقطني (٣/ ٢٥٦، ٢٥٧)، باب المهر (٤٥، ٤٧)، (٤/ ١٨، ١٩)، كتاب الطلاق (٥٠، ٥١)، والحاكم (٢/ ١٩٨)، وقال الحاكم: صحيح الإسناد وعبد الرحمن بن حبيب هذا هو ابن أردك من ثقات المدنيين.

وتعقبه الذهبي بقوله في عبد الرحمن هذا: فيه لين، والبغوي في شرح السنة (٥/ ١٦)، (٢٣٤٩)، كلهم من طريق عبد الرحمن بن أردك عن عطاء بن أبي رباح عن يوسف بن ماهك عن أبي هريرة ... به.

(١) في س: يلاعب. (٢) في س: أن. (٣) في س: و.
(٤) في س: الزوجة. (٥) سقط في س. (٦) سقط في س.
(٧) سقط في س. (٨) سقط في س. (٩) سقط في د.

قال المتولي: [وهذا][1] إذا لم يكن له مع أهلها اختلاط، فإن كان لا[2] يصدق [في الحكم][3] [و][4] يدين.

ولو قال العجمي: أردت بهذه الكلمة معناها بالعربية، ففي وقوع الطلاق وجهان:

أصحهما - وبه قال الشيخ أبو حامد-: أنه لا يقع.

وفي النهاية عند الكلام في الطلاق بالحساب[5]: أنه لا يقع بلا خلاف، واتفق عليه الأصحاب.

ولو قال: [لم][6] أعلم أن هذه الكلمة معناها قطع النكاح، ولكن نويت بها الطلاق، وقصدت قطع النكاح - لم يقع.

قال: ويملك الحر ثلاث تطليقات - أي: سواء كانت زوجته حرة أو أمة - لما روي أن رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: أرأيت قول الله - عز وجل-: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فأين الثالثة؟ قال: «تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ».

قال في «الشامل»: وهذا ما فسرت به عائشة وابن عباس.

وذهب جماعة إلى [أن][7] قوله تعالى: ﴿أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾، المراد به ترك المراجعة حتى تنقضي العدة؛ فتملك نفسها، والثالثة قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، وهذه الآية نسخت المراجعة بعد الثلاث؛ فإنه كان في صدر الإسلام يطلق الرجل امرأته في العدة، ولو بلغ الطلاق عشرًا.

ولأنه حق خالص للزوج يختلف بالرق والحرية؛ فوجب أن يعتبر فيه رقه وحريته كعدد المنكوحات.

قال: ويملك العبد طلقتين؛ لما روت عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال: «طَلَاقُ العَبْدِ اثْنَانِ».

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: لم.
(٣) في س: ثم يحكم.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: بالحاجة.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في س.

ولما روى الشافعي - رضي الله عنه - أن مكاتبًا لأم سلمة طلق امرأة حرة طلقتين، وأراد أن يراجعها، فأمره[١] أزواج النبي ﷺ أن يأتي عثمان، فيسأله، فذهب إليه فوجده آخذًا بيد زيد بن ثابت، فسألهما عن ذلك، فابتدراه، وقالا: [حرمت عليك، حرمت عليك][٢].

قال: وله أن يطلق بنفسه؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾، ولقوله ﷺ في حديث ابن عمر: «مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ، ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهُرَ، فَإِنْ شَاءَ أَنْ يُطَلِّقَهَا، وَإِنْ شَاءَ أَنْ يُمْسِكَهَا»[٣].

قال: وله أن يوكل؛ لأنه رفع عقد؛ فجاز التوكيل فيه، كالرد بالعيب.

ويشترط في طلاق الوكيل أن ينوي أنه يوقع الطلاق عن موكله على أحد الوجهين، وهما منقولان في الرافعي متصلًا بالكلام في النية في الكناية؛ وكذا حكى فيما لو قال الوكيل: طلقت من يقع عليها الطلاق بلفظي، فهل تطلق المرأة التي وكل بطلاقها؟ فيه وجهان.

قال: وإن وكل امرأة في طلاق زوجته، فقد قيل: يصح؛ لأنه لو قال لزوجته: طلقي نفسك، فقالت: طلقت - يجوز، ويقع الطلاق، وذلك - على ما سيأتي - إما تمليكٌ، أو توكيل.

إن كان توكيلاً فذاك.

وإن كان تمليكًا، فمن جاز[٤] تمليكه الشيء جاز توكيله فيه؛ وهذا هو الأصح في الرافعي على ما حكاه في كتاب الخلع، وفي النووي[٥] أيضًا.

قال: وقيل: لا يصح[٦]؛ لأنها لا تملك الطلاق شرعًا؛ فلا تكون وكيلة فيه؛ كالنكاح.

---

(١) في س: فأمرته.

(٢) سقط في س.
والحديث أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٥٧٤) كتاب الطلاق، باب: ما جاء في طلاق العبد، برقم (٤٧) ومن طريقه الشافعي في الأم (٥/ ٢٥٨)، ومن طريق الشافعي أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٣٦٠، ٣٦٨).

(٣) أخرجه البخاري (١٠/ ٤٣٥) كتاب الطلاق، باب: قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَ﴾، برقم (٥٢٥١)، ومسلم (٢/ ١٠٩٣) كتاب الطلاق، باب: تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، برقم (١/ ١٤٧١) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٤) في د: كان. (٥) في س: النواوي. (٦) في د: لا يجوز.

وحيث أجيز في حق نفسها فذاك للحاجة، ولم يوجد هذا المعنى في حق غيرها.

وفي «التتمة»: أن الخلاف مبني على أن قول الرجل لامرأته: [طلقي نفسك][١] تفويض، أو تمليك[٢]؟ إن قلنا: تفويض فيجوز، وإن قلنا: تمليك فلا.

قلت: ومقتضى هذا البناء أن يكون الصحيح عنده أنه لا يجوز؛ إذ الصحيح أنه تمليك.

قال الرافعي: والأول أصح.

قال: **وللوكيل أن يطلق متى شاء إلى أن يعزله الموكل**، أي: إذا قبل الوكالة عقيب التوكيل - لأنه توكيل مطلق؛ فلم يقتض[٣] التصرف على الفور؛ كما لو وكله في البيع.

أما إذا لم يقبل، فمذهب العراقيين: أنه لا بد من القبول، ولكنه يجوز بالقول والفعل، وعلى الفور، و[على][٤] التراخي؛ فيكون الحكم عندهم كما لو قبل؛ ولأجل ذلك لم يفصل الشيخ.

وقال أبو حامد: إنه يجب أن يكون القبول على الفور، فعلى هذا إن أخر التطليق عن الفور يظهر أنه لا يقع إذا أوقعه.

وعند المراوزة في اشتراط القبول اللفظي ثلاثة أوجه: الثالث منها - وهو الأعدل [في][٥] الوجيز-: إن كان بصيغة عقد، كقوله: وكلتك، فلا بد منه، وإن كان بصيغة الأمر: كقوله: بع، وطلق، فلا يشترط.

وهل[٦] يشترط أن يكون على الفور؟ ظاهر[٧] المذهب: أنه لا يشترط؛ فيجوز على التراخي.

وقال القاضي الحسين: يكتفي بوقوعه في المجلس، ولا يخفى بعد ذلك[٨] ما يقتضيه التفريع.

وليس للوكيل أن يطلق إلا على مقتضى الإذن، فلو قال: طلقها ثلاثًا، فطلق

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: تمليكه.
(٣) في س: يقيض.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: وقيل.
(٧) في س: فظاهر.
(٨) زاد في د: على.

واحدة، أو قال: طلقها[1] واحدة، فطلق ثلاثًا، فهل تقع طلقة؛ كما لو فوض الطلاق إلى زوجته على هذا الوجه، وأوقعته على [هذا][2] النعت، أو لا يقع شيء أصلاً؟ فيه وجهان.

[ولو قال: طلقها ثلاثًا، فطلق واحدة، ونوى الثلاث، فهل يقع أم لا؟ فيه وجهان][3].

فروع:

أحدها: إذا وكله في طلاق واحدة من نسائه من غير تعيين، فهل يصح، ويطلق من شاء منهن، أو لا يصح حتى يعين؟ فيه وجهان.

والثاني: إذا وكله في طلاق امرأته، ثم أبانها الموكل، ثم جدد النكاح، فهل يبقى على الوكالة؟ فيه وجهان منقولان في الذخائر.

الثالث: إذا قال للوكيل: طلق [من نسائي][4] من شئت، لا يطلق الكل في أصح الوجهين.

وإذا قال: [طلق من نسائي من شاءت][5] فله أن يطلق كل من اختارت الطلاق.

والفرق: أن التخصيص والمشيئة مضاف إلى واحدة، فإذا اختار واحدة، سقط اختياره.

وفي المسألة الثانية الاختيار مضاف إلى جماعة، فكل من اختارت طلقت.

نظيره: إذا قال: أي عبد من عبيدي ضربته فهو حر، فضرب عبدًا ثم عبدًا، لا يعتق الثاني؛ لأن حرف أي وإن كان حرف تعميم، فالمضاف إليه القول واحد.

ولو قال: أي عبد ضربك من عبيدي، فهو حر، فضربه عبد، ثم عبد، عتقا؛ لأن الضرب مضاف إلى جماعة؛ هكذا حكاه القاضي الحسين في التعليق متصلا بباب الشك في الطلاق.

الرابع: إذا قال: إذا جاء رأس الشهر، فقد جعلت أمرها إليك، فهل يصح هذا التفويض؟ فيه قولان:

---

(١) في س: طلق.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: من شاء، أي من شاءت.

فإن قلنا بالفساد، فلو طلق في الحال فهل يقع؟ فيه وجهان حكاهما[(١)] القاضي [الحسين][(٢)] أيضا.

الخامس: لو قال الوكيل للزوجة: إن كنت دخلت الدار فأنت طالق وكانت قد دخلت الدار، فهل يقع عليها الطلاق؟ يتجه أن يكون الحكم كما لو قال الوكيل في العتق ذلك للعبد، وقد حكى[(٣)] في بحر المذهب في وقوعه وجهين:

وجه المنع: القياس على ما لو علقه على دخول الدار، وصححه في كتاب الوكالة.

قال: وإن قال لها: طلقي نفسك، فقالت في الحال: طلقت نفسي - طلقت.

قال الأصحاب: والأصل في جواز التفويض ما روي أن النبي ﷺ خير نساءه بين المقام معه وبين مفارقته، لمَّا نزل قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا * وَإِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَٱلدَّارَ ٱلْـَٔاخِرَةَ فَإِنَّ ٱللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَـٰتِ مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ [الأحزاب: ٢٨، ٢٩].

قلت: وهذا ظاهر إذا قلنا: إن واحدة منهن لو اختارت الفراق، بانت بنفس الاختيار، أما إذا قلنا: [إنها][(٤)] لا تبين به، وهو الأصح؛ فلا يظهر كونه دليلاً على المدعي.

ولو قالت: طلقت، ولم تقل: نفسي، فهل يقع؟ فيه وجهان:

الأصح: [الوقوع][(٥)]، كما حكاه القاضي الحسين في التعليق.

وهل التفويض إليها تمليك للطلاق، أو توكيل؟ فيه قولان:

الجديد: أنه تمليك؛ لأنه يتعلق بغرضها[(٦)] وفائدته إليها؛ فكأنه يقول: ملكتك نفسك، فتملكها بالطلاق.

والثاني: حكاه الخراسانيون، وينسب إلى القديم، ولا يرى للشافعي منصوصًا، إلا في الأمالي المتفرقة: أنه توكيل؛ كما لو فوض طلاقها إلى أجنبي، وتظهر فائدة القولين في التفريع.

---

(١) في س: حكاه.
(٢) سقط في د.
(٣) في س: قال.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في س.
(٦) في س: تعلق يعرضها.

واعلم: أنه يتجه أن يخرج وجه فيما إذا طلقت في الحال من غير قبول: أنه لا يقع من قولنا: إنه توكيل، وأنه لا بد من القبول باللفظ وقد جزم الإمام بالوقوع كالشيخ، وإن كان قد حكى فيما إذا طلقت بعد مفارقة المجلس تخريجه على اشتراط القبول.

قال: وإن أخرت، أي: بقدر ما ينقطع به القبول عن الإيجاب - ثم طلقت، لم يقع - أي: إذا قلنا إنه تمليك - وهو ما يوجد في كتب العراقيين؛ لأن الطلاق جعل متضمنًا للقبول، والقبول يشترط أن يكون في مجلس التواجب، كما في سائر التمليكات.

قال: إلا أن يقول: طلقي نفسك متى شئت، أي: فيقع لتصريحه بذلك؛ ولأنه ﷺ لما خير عائشة قال [لها][1]: «وَلَا عَلَيْكِ أَلَّا تَعْجَلِي بِالْجَوَابِ حَتَّى تَسْتَأْمِرِي أَبَوَيْكِ»[2]؛ فدل على جواز التأخير بالإذن.

وقيل: لها أن تطلق ما لم ينقض[3] المجلس، أو يحدث ما يقطع ذلك، وجعله في المهذب المنصوص، وبه قال أبو العباس بن القاص؛ لأنه روي عن عمر وعثمان: أنهما كانا يقولان: إذا خير الرجل امرأته، أو ملكها أمرها، فافترقا من ذلك المجلس، ولم يحدث شيئًا، فأمرها إلى زوجها.

وعن جابر وابن مسعود نحو منه، ولا يعرف مخالف لهم؛ وهذا ما حكاه في التتمة تفريعًا على هذا القول، ويؤيده ما حكاه القاضي أبو سعد الهروي من أن العراقيين من أصحابنا اكتفوا بوقوع القبول في النكاح في مجلس التواجب، وأنهم جعلوا حكم نهاية المجلس حكم بدايته على ما حكيناه[4] في النكاح.

فإن قيل: قد حكى الشيخ هذا القول عند قوله: وإن قال[5]: اختاري، فهو كناية تفتقر إلى القبول في المجلس؛ على المنصوص، وصدر القول به، وكان ذكره هنا من طريق الأولى؛ لأن الكناية أضعف من الصريح، وقد جاز عندها التأخير عن الفورية[6].

---

(١) سقط في س.
(٢) أخرجه البخاري (٥/ ٤٠٩) كتاب المظالم، باب: الغرفة والعلية المشرفة، برقم (٢٤٦٨)، ومسلم (٢/ ١١٠٣) كتاب الطلاق، باب: بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية، برقم (٢٢/ ١٤٧٥).
(٣) في س: ينقص.　　(٤) في س: حكاه.
(٥) زاد في س: لها.　　(٦) في س: عندنا.

قلت: لما كان قول الزوج لها: اختاري مشعرًا[(١)] بالتروي، اقتضى الإمهال بوضعه في إيقاع[(٢)] الطلاق، أو تركه؛ إذ التروي [لا بد له من زمن][(٣)] يقع فيه، وأقل شيء يمكن الضبط به المجلس؛ فلذلك صدر الشيخ كلامه بالمنصوص، ورجحه.

ولما كان قوله: طلقي نفسك متناولاً لأول زمان الإمكان: إما حتمًا دون غيره؛ إذا قلنا: [إن][(٤)] الأمر يقتضي الفور، أو جوازًا - حملناه عليه؛ لأنه الظاهر من اللفظ؛ فلذلك جزم به، وأعرض عن النص.

ولا غرو في أن يختار المصنف خلاف المنصوص لمعنى ظهر له.

وقد قال الرافعي: إن الذي عليه الأكثرون، وبه قال أبو إسحاق: الأول؛ كما جزم[(٥)] به الشيخ.

وفي النهاية: أن القول الثاني غلط غير معتد به.

وعن القفال أنها لو قالت له عقيب قوله: طلقي نفسك-: كيف يكون تطليقي لنفسي؟، ثم قالت: طلقت نفسي، وقع الطلاق، ولم يكن هذا القدر قاطعًا، وهذا ينبني على أن تخلل الكلام اليسير لا يضر.

أما إذا قلنا: إنه توكيل؛ فيجيء فيه من البحث ما ذكرناه في اشتراط القبول من الوكيل.

وإذا قلنا: إنه توكيل، وجوزنا للوكيل أن يطلق في أي وقت شاء، فهل يجيء مثله هاهنا؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، كما في توكيل الأجنبي.

والثاني: عن القاضي الحسين: أن تطليقها [يكون][(٦)] على الفور أيضا؛ فإن توكيل المرأة يشعر بتمليكها لفظا، والتمليك اللفظي يقتضي جوابا عاجلاً؛ ولهذا لو قال لزوجته: أنت طالق إن شئت، اقتضى ذلك قبول المشيئة، بخلاف ما لو قال: أنت طالق إن شاء زيد، فتضمن قوله: طلقي نفسك جوابًا عاجلاً، بخلاف

---

(١) في د: شهرًا.
(٢) في س: إيقال.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: يجزم.
(٦) سقط في س.

ما[(١)] لو قال لها: وكلتك في أن تطلقي نفسك.

قال الإمام: فعلى الطريقين يكون جوابها[(٢)] على الفور، سواء تلفظ بالتمليك أو لم يتلفظ.

والذي رمز إليه المحققون: أنا إن قلنا: [هذا توكيل، فحكمه حكم التوكيل، وإن قلنا:][(٣)] هذا تمليك، فهل يصح من الزوج توكيلها، أم كل تفويض [منه][(٤)] إليها تمليك؟ فيه خلاف.

وفي الذخائر أن القاضي قال: يحتمل أن يقال: يتقيد بالمجلس، ولعل مراده: مجلس التواجب؛ كما حمل عليه نص الشافعي.

وفي [تعليق القاضي][(٥)] الحسين عند الكلام في الكناية: أنه إذا قال لها: وكلتك بأن تطلقي نفسك، فإذا قلنا: يكون هذا تمليكًا؛ فيختص ذلك[(٦)] بالمجلس على أصح المذهب.

ومن أصحابنا من قال: لا يختص ذلك بالمجلس.

فأما إذا قلنا: يكون توكيلاً، فلا يختص ذلك بالمجلس، لا خلاف فيه، وهذا ظاهره يخالف ما نقله الإمام عنه.

واعلم أن قول الشيخ: إلا أن يقول: طلقي نفسك متى شئت، فيه نظر من حيث إنه فرع على القول بأن التفويض تمليك، والقبول في عقود التمليكات لا فرق في اشتراط الفورية فيه بين أن يصرح الموجب للعقد بجواز تأخيره أو لا؛ فوجب أن يكون هاهنا كذلك، وقد رمز الإمام إلى ذلك بقوله: لو قال لها على قول التوكيل: طلقي نفسك متى شئت، فهذا لا يقتضي فورًا أصلاً، وذلك يشعر أنه احترز عما قلناه.

وأما الحديث فقد بينا أنه لا حجة فيه - على الأصح - لأنه - عليه السلام - لم يخيرها في إيقاع الطلاق بنفسها، وإنما خيرها [حتى][(٧)] إذا اختارت الفراق طلقها، ويشهد له ظاهر قوله تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨].

---

(١) في س: وطرد أصله فيما.
(٢) في س: جوابًا.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: التعليق للقاضي.
(٦) زاد في س: فأما إذا قلنا يكون ذلك.
(٧) سقط في س.

ويمكن أن يجاب عنه بأن الطلاق يقبل التعليق؛ فجاز أن يسامح في تمليكه، بخلاف سائر التمليكات.

والقول في أنه هل [يجوز أن يرجع][(١)] في التفويض قبل التطليق يأتي في الكتاب، إن شاء الله تعالى.

فرع: لو قال لها: طلقي نفسك إن شئت، فهل يشترط في وقوع الطلاق [أن تقول][(٢)]: طلقت نفسي [و][(٣)] شئت أو لا يشترط؟ الذي دل عليه كلام الإمام: أنه يشترط؛ لأنه قال: إذا ابتدرت، وقالت: طلقت نفسي [وشئت][(٤)] فلا إشكال، ولو قالت: طلقت نفسي، فقال[(٥)] الزوج: رجعت قبل أن تقول: شئت، فلا أثر لرجوعه؛ فإنه لم يبق إلا التعليق بالمشيئة، وهو لا يقبل الرجوع.

ولو [أراد][(٦)] أن [يرجع][(٧)] قبل أن تقول: طلقت نفسي - نفذ رجوعه - والله أعلم.

قال: ويكره أن يطلق الرجل امرأته من غير حاجة؛ لقوله ﷺ: «أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ - سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى -: الطَّلَاقُ»[(٨)] [خرجه أبو داود][(٩)].

واعلم: أن العلماء قسموا الطلاق إلى واجب، ومستحب، ومحظور، ومكروه:

فالواجب: طلاق المولي؛ فإن المدة إذا انقضت، وجب عليه الفيئة أو الطلاق، وأيهما فعل وقع واجبًا.

وكذلك الحكمان في الشقاق إذا قلنا: إنهما حكمان، ورأيا الحظ في الطلاق، وجب.

والمستحب: إذا كان الحال بينهما غير [مستقيمة، أو][(١٠)] تكون غير عفيفة.

[و][(١١)] روى أن رجلاً قال لرسول الله ﷺ: إن امرأتي لا ترد يد لامس، فقال

---

(١) في س: إلى.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في د.
(٥) في س: وقال.
(٦) سقط في س.
(٧) سقط في س.
(٨) أخرجه أبو داود(١/ ٦٦١) كتاب الطلاق، باب: في كراهية الطلاق، برقم (٢١٧٨)، وابن ماجه (١/ ٦٥٠) كتاب الطلاق، باب: في طلاق السنة، برقم (٢٠١٧).
(٩) سقط في س.
(١٠) في س: مستقيم أي.
(١١) سقط في س.

له - عليه السلام-: «طَلِّقْهَا»، والأمر للاستحباب، يدل عليه قوله - عليه السلام- [له][(١)] لما أن قال: إن أحبها، قال: «أَمْسِكْهَا».

والمحظور: طلاق البدعة، وسيأتي.

والمكروه: ما ذكره الشيخ وأوضحه في الشامل بأن تكون غير مرضية الأخلاق والصفات.

وفي الجيلي: أنه يكون مباحًا، ولم يصوره، ولعله فيما إذا كان الزوج لا يهواها، ولا تسمح نفسه بالتزام مؤنتها من غير حصول غرض الاستمتاع؛ فإنه لا كراهية في الطلاق والحالة هذه؛ صرح بذلك الإمام.

قال: فإن أراد الطلاق [أي: في أي حالة كان][(٢)] - فالأفضل ألا يطلقها أكثر من واحدة؛ لأنه يتمكن من تلافيها.

قال: وإن أراد الثلاث، فالأفضل أن يفرقها - أي: إذا كانت مدخولاً بها - فيطلق في كل طهر طلقة - أي: إن كانت من ذوات الأقراء - فإن كانت من ذوات الشهور، ففي كل شهر؛ ليسلم عن الندم، وليخرج عن خلاف أبي حنيفة ومالك؛ فإن الجمع عندهما في قرء واحد بدعة محرمة.

وعن بعض الشيعة أنه لا يقع إلا واحدة.

وعند بعضهم: لا يقع إذ ذاك شيء.

وفي التتمة: أنه إذا أراد أن يوقع الطلاق في طهر واحد، فالأولى ألا يجمع في يوم واحد، [فإن أراد أن يجمع في يوم واحد][(٣)] فلا يجمع في كلمة واحدة.

قال: فإن جمعها في طهر واحد، جاز - أي: [و][(٤)] وقع الثلاث - أما وجه الوقوع؛ فلما روي أن ركانة طلق امرأته البتة، فقال له - عليه السلام-: «مَا أَرَدْتَ إِلَّا وَاحِدَةً؟»، قال: واللهِ ما أردتُ إلا واحدة؛ فردها [عليه][(٥)]، ولو كان الثلاث لم تقع لم يحلفه على ذلك.

ولما روي في حديث [ابن عمر: أنه][(٦)] قال لرسول الله ﷺ: «أَرَأَيْتَ لَوْ

---

(١) سقط في س.

(٢) سقط في س.

(٣) سقط في س.

(٤) سقط في س.

(٥) سقط في س.
والحديث أخرجه أحمد (١/ ٢٦٥)، وأبو يعلى في مسنده (٤/ ٣٧٩) برقم (٢٥٠٠)، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٦) في د: ابن عوانة.

طَلَّقْتُهَا ثَلَاثًا، لَكَانَ لِي أَنْ أُرَاجِعَهَا؟ فَقَالَ: بَلَى، كَانَتْ [تَبِينُ مِنْكَ][(١)]، وَيَكُونُ مَعْصِيَةً»[(٢)]، رواه الدارقطني.

وأما وجه الجواز؛ فلما روي في قصة العجلاني أنه لما لاعن زوجته قال: كذبت عليها إن أمسكتها، فقد طلقتها ثلاثًا، فقال - عليه السلام-: «لَا سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا»[(٣)]، ولم ينكر عليه، ولو كان حرامًا، لأنكر عليه وإن لم تقع الثلاث في تلك الحالة، حتى لا يقدم على مثله في الموضع الذي تقع فيه.

ولأنه طلاق يجوز تفريقه، فيجوز جمعه؛ كطلاق جميع النساء.

وتمسك أبو حنيفة، ومالك بقوله - عليه السلام - في حديث ابن عمر: «وَيَكُونُ مَعْصِيَةً»، ولا دليل لهما فيه؛ لأنها كانت حائضًا، وقد وافقنا[(٤)] على أن طلاق الحائض معصية، والله أعلم.

فوائد:

متى تقع الثلاث؟ الظاهر أنها تقع عند فراغه من قوله ثلاثًا.

وفيه وجه: أنا نتبين بالفراغ وقوع الثلاث بقوله: أنت طالق.

قال الإمام: وهذا الخلاف مأخوذ من الخلاف فيما إذا قال: أنت طالق، وماتت قبل أن يقول ثلاثًا إن قلنا هناك: لا يقع شيء فهاهنا تقع [الثلاث][(٥)] بالفراغ من قوله: ثلاثًا، وإن قلنا هناك: تقع الثلاث؛ فنتبين وقوع الثلاث بقوله: أنت طالق.

ومن قال إذا ماتت المرأة: وقعت طلقة بقوله: طالق في حياتها؛ فيلزمه على هذا المساق أن يقول: تقع طلقة بقوله: أنت طالق، فيتمم الثلاث بقوله: ثلاثًا، وهذا مسلك لبعض الأصحاب، وهو ساقط عندنا.

والوجه: القطع بأن الثلاث تقع مع الفراغ من الكلام؛ إذ لا خلاف أنه لو قال

---

(١) في د: بيني ومنك.

(٢) أخرجه الدارقطني (٤/ ٣١) كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره.

(٣) أخرجه البخاري (١٠/ ٤٥٤) كتاب الطلاق، باب: من أجاز طلاق الثلاث، برقم (٥٢٥٩)، ومسلم (٢/ ١١٢٩) أول كتاب اللعان، برقم (١/ ١٤٩٢) من حديث سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه دون ذكر لفظ: «لا سبيل لك عليها».
وهذا اللفظ جاء في حديث ابن عمر رضي الله عنهما أخرجه البخاري (١٠/ ٥٧٤) كتاب الطلاق، باب: قول الإمام للمتلاعنين إن أحدكما كاذب فهل منكما من تائب، برقم (٥٣١٢)، ومسلم (٢/ ١١٣١) كتاب اللعان، برقم (٥/ ١٤٩٣).

(٤) في س: وافقًا.

(٥) سقط في س.

للتي لم يدخل بها: أنت طالق ثلاثًا، وقعت. انتهى.

وقد ظهر بما ذكرناه من البيان أن في مسألة الموت ثلاثة أوجه.

ولو طلق زوجته ثلاثًا على التلاحق، فهل يتعلق التحريم بالأخيرة، أو بالمجموع؟ فيه خلاف يأتي حكايته عن المتولي في كتاب الرضاع.

تنبيه: تفريق الطلاق[(١)] هل يقال: هو سنة؟ حكى الشيخ أبو علي في [شرح][(٢)] التلخيص فيه وجهين.

قال الإمام: وكلامه يحتمل أمرين:

أحدهما: التردد في استحباب التفريق:

وأحد الوجهين: أن ذلك لا يوصف بالاستحباب.

وفي كلامه ما يدل على أن اسم السنة هل يتناول التفريق؟ فعلى وجهين.

ومقتضى هذا أنه لو قال: أنت طالق ثلاثًا؛ للسنة، وزعم أنه نوى التفريق على الأقراء - يصدق ظاهرًا، وهذا بعيد يخالف المذهب.

والاحتمال الأخير هو ما حكاه الرافعي، لكن عن شرح المختصر.

قال: ويقع الطلاق [على ثلاثة][(٣)] أوجه:

طلاق سنة، وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه - أي: وهي مدخول بها - لما روي أن ابن عمر - رضي الله عنهما - طلق زوجته وهي حائض، فسأل عمر رسول الله ﷺ، فقال: «مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهُرَ، فَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يُجَامِعَهَا، فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ»، وفي رواية: «قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا»، والأمر المشار إليه قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، ومعناه: في عدتهن؛ كقوله تعالى: ﴿وَنَضَعُ ٱلْمَوَٰزِينَ ٱلْقِسْطَ لِيَوْمِ ٱلْقِيَـٰمَةِ﴾ [الأنبياء: ٤٧]، أي: في يوم القيامة، وحينئذ يكون المراد: الطلاق في زمن صالح لأن يكون من العدة.

وقيل: المراد: طلقوهن لوقت يسرعن[(٤)] عقيبه في العدة؛ روي أنه - عليه السلام - كان يقرأ: «فَطَلِّقُوهُنَّ لِقُبُلِ[(٥)] عِدَّتِهِنَّ»[(٦)].

---

(١) في س: الثلاث.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: على ثلاث.
(٤) في س: يجامعها.
(٥) في س: فقبل.
(٦) أخرجه مسلم(٢/ ١٠٩٨) كتاب الطلاق، باب: تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، برقم (١٤/ =

قال الإمام: والظاهر أنه كان يذكره تفسيرًا؛ فانتظم في[1] الآية، والحكم[2] أن الطهر الذي لم يجامعها فيه محل لطلاق السنة.

فرع: لو وطئها في آخر الحيض، فالطهر الذي [يليه إذا][3] خلا عن الوطء وطلق فيه لا يكون الطلاق فيه سنيًّا على الأظهر، وهو ما جزم به في «التتمة»، وعلى هذا ينبغي أن يضاف إلى قول الشيخ: ولا في الحيض قبله.

قال: وطلاق البدعة[4] **هو أن يطلقها في الحيض**، أي: مختارًا، وهي ممن تعتد بالأقراء من غير عوض - أي: [من جهتها - ولا رضا، وهي مدخول بها، أو في طهر جامعها فيه من غير عوض - أي:][5] منها - ولا رضا، وهي ممن يجوز أن تحبل، ولم يتحقق حملها.

والدليل على ذلك حديث [ابن][6] عمر.

وادعى الإمام أن ذلك مجمع عليه، وأن مستند الإجماع الخبر.

ولأن الطلاق في الحيض يطول عليها العدة؛ فإن بقية الحيض لا تحسب من العدة، وفي ذلك إضرار بها.

وادعى الإمام أن في الحديث دلالة على هذا المعنى؛ إذ قال عليه السلام: «فَتِلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ»، ولا مَزِيدَ على علَّةِ صاحب الشرع.

والطلاق في الطهر الذي جامع فيه ربما يعقبه ندم عند ظهور الحمل؛ فإن الإنسان قد يطلق الحائل، ولا يطلق الحامل، وإذا ندم فقد لا يتيسر التدارك؛ فيتضرر الوالد، ويبرأ من الولد.

ولأن عدتها لو كانت حاملاً [تكون][7] بوضع الحمل، ولو كانت حائلا تكون

= ١٤٧١) وفيه: قال ابن عمر: وقرأ النبي ﷺ «يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن في قبل عدتهن».

وقد اختلف في كونه تفسيرا أو قراءة، قال الحافظ في التلخيص (٣/ ٤٣٦): «أما اختلافهم في أنه قراءة أو تفسير فقال الروياني في البحر: لعله قرأ ذلك على وجه التفسير لا على وجه التلاوة. وقال ابن عبد البر هي قراءة ابن عمر وابن عباس وغيرهما لكنها شاذة لكن لصحة إسنادها يحتج بها وتكون مفسرة لمعنى القراءة المتواترة».

(١) في س: من. (٢) في س: الخبر. (٣) سقط في س.
(٤) زاد في س: و. (٥) سقط في س. (٦) سقط في س.
(٧) سقط في س.

بالأقراء، وربما يلتبس الأمر، وتبقى مرتابة؛ فلا يتهيأ لها النكاح.

قال الإمام: والتعويل على الندم لأجل الولد ليس بالقوي، وقد أوضحنا فساد ذلك في «الأساليب»، ولولا أن الشارع تعرض(١) للعدة والنهي عن تطويلها لما عللنا بذلك أيضًا؛ فالوجه التعويل على الحديث.

عدنا إلى الكلام في شرح القيود: فالاختيار احترز [به](٢) عن المولي إذا طولب بالطلاق في الحيض، فطلق؛ فإنه لا يكون بدعيًّا، وقد صرح بذلك الإمام، والغزالي، وغيرهما.

وفي «الرافعي»: أنه كان يجوز أن يقال: هو بدعي؛ لأنه غير ملجأ إلى الطلاق، بل هو متمكن من أن يفيء لها، والمطلوب أحد الأمرين من الفيئة أو الطلاق؛ فلا ضرورة إلى الطلاق في الحيض.

ومراده بالفيئة هنا باللسان، وإلا فلا يخفى [على أحد](٣) أن الوطء في حال الحيض حرام؛ فضلاً عن هذا الإمام.

واحترز(٤) بأن تكون ممن تعتد بالأقراء عن الحامل إذا رأت الدم، وقلنا: إنه(٥) حيض، وسيأتي الكلام فيه.

واحترز بغير عوض من جهتها عما إذا اختلعت، فإنه لا يكون بدعيًّا، واحتج له بإطلاق قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وبأنه عليه السلام أطلق الإذن لثابت بن قيس في الخلع على ما بيناه في أول كتاب الخلع من غير بحث واستفصال عن حال الزوجة، وليس الحيض بأمر نادر الوجود في النساء، ولا جماع الطاهر غير بعيد، ومن جملة القواعد في الأصول: أن ترك الاستفصال في وقائع الأحوال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم [في المقال](٦).

وقد اختلف في المعنى المجوز للخلع في الصورة الأولى على وجهين:

أحدهما: أن المنع لأجل تطويل العدة عليها، والخلع دال على رضاها بذلك؛ فعلى هذا يقوم الرضا بالطلاق مقام الخلع في عدم التحريم، ولا يجوز خلع الأجنبي؛ لعدم الرضا.

---

(١) في س: يعترض.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: احترزنا.
(٥) في س: هو.
(٦) سقط في س.

والثاني: أن بذل المال مشعر[(١)] بقيام الضرورة أو الحاجة الشديدة إلى الخلاص، وفي مثل هذا لا يحسن الأمر بالتأخير ومراقبة الأوقات؛ فعلى هذا لا يقوم الرضا مقام الخلع؛ لأن ذلك لم يتحقق، ويجوز خلع الأجنبي؛ إذ الغالب أنه إنما يبذل المال عند وجود ذلك؛ وهذا هو الأظهر، والمذكور في التهذيب، واستأنس له في الوسيط بطلاق المولي.

وأما الصورة الثانية فالمعنى أن أخذ المال يؤكد[(٢)] داعية الفراق، ويبعد احتمال الندم عند من يرى التعليل به.

وفيه وجه: أن الخلع هاهنا حرام كالطلاق مجانًا؛ بخلاف الخلع في الحيض؛ فإن المنع هنا لرعاية أم الولد؛ فلا يؤثر رضاها فيه، وقد فهم من هذا فائدة التقييد بالرضا، والاحتراز بالدخول عن عدمه؛ فإنه لا عدة حينئذ حتى تطول، ولا ندم.

واستدخال الماء كالوطء، والإتيان في الدبر كذلك على الأصح.

وحكم النفاس حكم الحيض فيما ذكرناه.

مباحثة: من القواعد في المذهب أن صاحب الشرع إذا ذكر حكمًا، وذكر له علة، او استنبطت له، ففقدت تلك العلة، هل يبقى ذلك الحكم؟ فيه خلاف، ومن ذلك قوله -عليه السلام-: «إِذَا اسْتَيْقَظَ أَحَدُكُمْ مِنْ نَوْمِهِ ...» إلى آخره؛ فإنه إذا[(٣)] ربط يده في شيء أو لف عليها خرقة، وتحقق طهارتها، هل يبقى ذلك الحكم؟ فيه خلاف مذكور في موضعه.

[ومنه][(٤)] قوله تعالى: ﴿أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ [النساء: ٤٣] فإذا لمس ذات رحم محرم، هل ينتقض وضوءه؟ فيه قولان، ينظر في أحدهما إلى عموم اللفظ، وفي الثاني إلى أن ذلك سيق لأجل الشهوة، وهي مفقودة.

فإذا تقرر ذلك، فمن مقتضاه أن يجري فيما إذا خالعها خلاف في التحريم؛ نظرًا إلى عموم قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، أو إلى زوال المعنى بالرضا؛ كما طردوه[(٥)] فيما إذا طلقها في الحيض في حال الحمل على ما سيأتي بل هنا [أولى][(٦)]؛ لأن المانع في مسألة الحمل لم يوجد، وهو موجود

---

(١) في س: يشعر.
(٢) في س: مؤكد.
(٣) زاد في س: أراد.
(٤) في س: ومن ذلك.
(٥) في د: طرد.
(٦) سقط في د.

هنا، وإنما جعل كالزائل؛ [للرضا][(١)].

ويمكن أن يجاب عن ذلك بأن محل الخلاف المذكور ما إذا لم يوجد في الشرع ما يدل على تخصيص ذلك العموم، وفي مسألتنا قد وجد ما يدل عليه، وهو [ما ذكرناه][(٢)].

فرع: لو قال لها: أنت طالق مع آخر جزء من حيضك، أو مع آخر حيضك. [أو في آخر حيضك][(٣)] فهل يقع سنيًّا أو بدعيًّا؟ فيه وجهان:

أظهرهما: أنه سني.

وتعليلهما ما أشرنا إليه [في المباحثة][(٤)]، ويتجه - أيضًا - أن يكون مأخذهما الاختلاف المذكور في قوله تعالى: ﴿لِعِدَّتِهِنَّ﴾:

فإن قلنا [معناه][(٥)]: لقبل عدتهن، كان هذا سنيًّا؛ لأنه قبل عدتهن.

وإن قلنا بالمعنى الثاني؛ فيكون بدعيًّا؛ لأن الزمن الذي وقع فيه الطلاق لا يصلح أن يكون من العدة.

ولو قال: أنت طالق مع آخر طهرك، أو: مع آخر جزء من طهرك، أو: [في آخر طهرك][(٦)] ولم يطأها في ذلك الطهر، فإن قلنا: الانتقال من الطهر إلى الحيض قرء، فهو سني، وإن لم نجعله قرءًا، انعكس الوجهان السابقان: إن وقع بدعيًّا ثَمَّ وقع سنيًّا هنا، وإن وقع سنيًّا ثَمَّ وقع بدعيًّا هنا.

وعن ابن سريج أنه يقع في الصورتين بدعيًّا؛ أخذًا بالأغلظ.

وفي «التتمة» القطع بأنه إذا قال: في آخر جزء من الحيض يكون بدعيًّا، وإذا قال: في آخر جزء من طهرك، يقع سنيًّا، ولم يفرق الأكثرون بينهما.

[فرع][(٧)] آخر: تعليق الطلاق بالدخول، وسائر الصفات ليس ببدعي وإن اتفق في زمن الحيض، ولكن ينتظر إلى وقت الوقوع، فإن وجدت الصفة وهي طاهر يعد[(٨)] سنيًّا، وإن وجدت وهي حائض يعد[(٩)] بدعيًّا، وفائدته استحباب المراجعة،

(١) سقط في س.
(٢) في س: ما يدل عليه.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: بالمباحثة.
(٥) في س: فإذا قال.
(٦) سقط في س.
(٧) سقط في س.
(٨) في س: نفذ.
(٩) في س: نفذ.

وإلا فلا إثم عليه؛ على ما حكاه ابن الصباغ.

قال الرافعي: ويمكن أن يقال: إذا تعلقت الصفة باختياره أثم بإيقاعه في حالة الحيض، وإن تعلقت باختيارها فهو كما لو طلقها بسؤالها.

قلت: والشاهد لذلك ما سنذكره - إن شاء الله تعالى - من نظيره في طلاق المريض.

وعن القفال أن نفس التعليق بدعة.

وفي تعليق القاضي الحسين: أن من أصحابنا من قال: إذا وجدت الصفة في حال البدعة يكون الطلاق مكروهًا، ولا يأثم [به][١]؛ كوطء الشبهة يكون حرامًا، ولا يأثم به؛ لأنه لم [يقصد][٢] ذلك؛ كذا هذا مثله[٣].

تنبيه: الشيخ - رضي الله عنه - ذكر أن الطلاق البدعي يكون في صورتين[٤]، وقد ذكرناهما، [ووراءهما صورتان][٥]:

إحداهما: إذا طلق زوجته في طهر لم يجامعها فيه، ثم راجعها، حكى القاضي الحسين وجهًا: أنه إذا طلقها يكون بدعيًّا؛ كي لا تكون الرجعة للطلاق.

[قال الرافعي][٦]: وهذا سبب ثالث.

والثانية: إذا قسم لواحدة من نسائه، فلما جاءت نوبة الأخرى، طلقها قبل توفية حقها - عصى؛ لأنه منعها حقها؛ قاله المتولي.

قال الرافعي في كتاب القسم: وعلى هذا فهو سبب آخر يوجب كون الطلاق بدعيًّا.

قال: **وطلاق لا سنة فيه ولا بدعة، وهو طلاق الصغيرة، والآيسة، والتي استبان حملها** - أي: منه - وقلنا: [إنها][٧] لا تحيض، وغير المدخول بها.

أما كونه لا سنة فيه؛ فلأن الذي ورد به الشرع ما ذكرناه.

وأما كونه لا بدعة: [أما][٨] في الصغيرة والآيسة؛ فلأن عدتهما بالأشهر؛ فلا يعتريها طول، ولا قصر، وإذا لم يكن لها حيض لم يكن حمل؛ فلا يخشى الندم.

---

(١) سقط في س.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: هاهنا.
(٤) في د: صورتهن.
(٥) في د: ما وراهما أمران.
(٦) سقط في س.
(٧) سقط في س.
(٨) سقط في س.

وأما غير المدخول بها؛ فلأنها لا عدة عليها، ولا ولد.

وأما التي ظهر حملها، فعدتها بوضعه، ولا تختلف المدة في حقها، ولا يعرض[١] الندم بسبب الولد؛ لأنه وطن نفسه على ذلك.

واعلم: أنهم ألحقوا بهذه الصورة طلاق المولي، وطلاق الحكمين، والفرقة بعجزه عن النفقة والمهر؛ إذا قلنا: إنها طلاق، وهو ما حكاه المحاملي في اللباب.

أما إذا كان الحمل[٢] من غيره؛ بأن نكح حاملاً من الزنا، ووطئها، وطلقها؛ أو وطئت منكوحته بشبهة، وحملت منه، ثم طلقها زوجها وهي طاهر - فإنه يكون بدعيًّا؛ لأن العدة تكون بعد وضع الحمل، والنقاء من النفاس؛ فلا تشرع عقيب الطلاق في العدة؛ وكذا لو لم تحبل من وطء الشبهة، لكن شرعت [في العدة][٣] منه ثم طلقها، وقدمنا عدة الشبهة.

وفي الطلاق بعد وطء الشبهة [وجه: أنه لا يكون بدعيًّا؛ لأنه لم توجد صفة إضرار وتعطيل لزمان عليها][٤] وإنما انصرف الزمان إلى حق واجب عليها.

ورد صاحب «التتمة» ترجيح هذا الوجه فيما إذا لم تحبل، ورجح الأول فيما إذا حبلت؛ لأن زمان النفاس يتعطل عليها، ولا يحتسب عن واحدة من العدتين.

قال: **وإن كانت حاملاً، فحاضت على الحمل** - أي: وقلنا: إنها تحيض - فطلقها في الحيض، فالمذهب: أنه ليس ببدعة، لأن تحريم الطلاق في الحيض؛ لأجل تطويل العدة، ولا تطويل.

وقيل: هو بدعة؛ لأنه طلاق في الحيض، وقد نهي عن الطلاق في الحيض.

فعلى هذا يكون للحامل حال سنة وحال بدعة، كما للحائل[٥].

ويجري مثل هذا الخلاف فيما إذا طلق الرجعية، وقلنا: إنها تبنى، ولا تستأنف.

والذي حكاه القاضي الحسين في العدد: أنه ليس ببدعي.

واعلم: أن للأصحاب في معنى السنة والبدعة اصطلاحين:

أحدهما: أن السني: طلاق المدخول بها، وليست بحامل، ولا صغيرة، ولا آيسة، وليس هناك[٦] حيض، ولا نفاس، ولا حمل.

---

(١) في س: يقرض.
(٢) في د: الحكم.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: الحامل.
(٦) في س: هنا.

والبدعي: طلاق المدخول بها في حيض، أو نفاس، أو في طهر جامعها فيه، ولم يتبين حملها.

وعلى هذا يستمر إطلاق أن الطلاق يقع على ثلاثة أوجه.

[و](١) **الثاني**: أن السني: هو الذي لا يحرم إيقاعه، والبدعي: ما يحرم إيقاعه.

قال الرافعي في أول الطلاق: وعلى هذا لا قسم إلا السني، والبدعي.

وقال في أثنائه: ربما أفهم كلامهم أنهم يعنون بقولهم: لا سنة ولا بدعة في طلاقهن: أنه لا يجتمع في طلاقهن حالتا السنة والبدعة حتى يكون مرة سنيًّا ومرة بدعيًّا، بل لا يكون طلاقهن إلا سنيًّا؛ وعلى هذا [فيستمر هنا التفسير](٢)، ويغني عن التفاسير المقيدة(٣) والمطلقة.

قال: ولا يأثم(٤) فيما ذكرناه إلا في طلاق البدعة؛ بحصول الضرر به دون غيره.

قال: ومن طلق للبدعة(٥)، استحب له أن يراجعها؛ لما مر من حديث ابن عمر.

وحكى الحناطي وجهًا: أنه لا تستحب المراجعة إذا كان الطلاق في طهر جامعها فيه، أو لا يتأكد الاستحباب تأكده في طلاق الحائض، والمذهب الأول.

وإذا راجع الحائض، فهل له أن يطلق في الطهر التالي لتلك(٦) الحيضة؟ فيه وجهان:

أظهرهما - وهو المذكور في التتمة-: المنع؛ للرواية المشهورة.

والحكم فيه: أنه إن وطئها بعدما طهرت، كان الطلاق في ذلك الطهر بدعيًّا، وإن لم يطأها أشبه أن يكون المقصد من المراجعة مجرد الطلاق، [وكما ينهى عن النكاح الذي يقصد به الطلاق، نهذي عن المراجعة التي يقصد بها الطلاق](٧).

ووجه الجواز: ما جاء في بعض الروايات: «مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا حَتَّى تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهُر».

وعلى الأول: هل يستحب أن يجامعها في ذلك الطهر؟ فيه تردد للأصحاب.

---

(١) سقط في س.
(٢) في د: يستمر هذا الأخير.
(٣) في س: المعتدة.
(٤) في س: إثم.
(٥) في س: البدعة.
(٦) في د: لذلك.
(٧) سقط في س.

والأظهر الاكتفاء بإمكان الاستمتاع.

وإذا راجع الموطوءة[(١)] في بقية الطهر، ثم حاضت، وطهرت، فله أن يطلقها وإن لم يجامعها فيه.

قال الرافعي: ولا ينبغي أن يطلق في الطهر الثاني؛ كي لا تكون الرجعة للطلاق.

قال: **ويقع الطلاق بالصريح** - أي: من غير نية - **والكناية** - أي: مع النية - على ما سيأتي:

أما وقوعه بالصريح؛ فلا خفاء فيه؛ لأنه لأجل ذلك وضع.

وأما بالكناية مع النية؛ فبالإجماع [على ما][(٢)] حكاه الرافعي.

وروي «أن رجلاً قال لامرأته: حبلك على غاربك، فلقيه عمر - رضي الله عنه - فقال له: أنشدك برب هذه البرية، هل أردت بقولك: حبلك على غاربك: الطلاق؟ فقال الرجل: أردت الفراق، فقال: هو ما أردت»[(٣)].

قال: **فالصريح الطلاق، والفراق، [و][(٤)] السراح**:

أما الطلاق؛ فلتكرره[(٥)] في القرآن، واشتهاره في معناه في الجاهلية والإسلام، وعليه أطبق معظم الخلق، ولم يختلف فيه أحد من العلماء.

وأما الفراق، والسراح؛ فلورودهما في الشرع، وتكررهما[(٦)] في القرآن بمعنى الطلاق؛ قال الله تعالى: ﴿وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٤٩] وقال عز من قائل: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨]، وقال تعالى: ﴿فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢]، وقال عز وجل: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [النساء: ١٣٠]، والفراق حكم شرعي؛ فجاز أن يكون اللفظ المستعمل فيه [في][(٧)] خطاب الشرع كافيًا؛ كلفظ الطلاق.

وروي أن النبي ﷺ [لما قيل][(٨)] له: أرأيت الله تعالى يقول: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فأين الثالثة؟ قال: ﴿تَسْرِيحُۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾[(٩)]، فسماه الشرع: طلاقًا.

(١) زاد في د: ووطئها.
(٢) في س: كما.
(٣) أخرجه بنحوه سعيد بن منصور في سننه (١/ ٣١٩) برقم (١١٥٢).
(٤) سقط في س.
(٥) في س: فلتكثيره.
(٦) في س: تكرارهما.
(٧) سقط في س.
(٨) في س: قال.
(٩) أخرجه الدار قطني (٤/ ٣، ٤) في كتاب الطلاق، حديث (١) من طريق حماد بن سلمة عن قتادة =

وفي النهاية في أول هذا الكتاب: أنه قيل: إن الطلاق في الجاهلية على أنحاء: الطلاق، والفراق، والسراح، والظهار، والإيلاء، وأنت على حرام، قالت عائشة -رضي الله عنها-: «جاء الشرع بنسخ البعض وتقرير البعض»؛ فعلى هذا يكون الدال على ذلك اللغة والشرع هذا هو المذهب(١) الجديد.

وحكى العراقيون في القديم [قولاً](٢) أن الصريح لفظ الطلاق لا غير، والفراق والسراح يلتحقان بأقسام الكنايات؛ لأنهما يستعملان في الطلاق وغيره؛ فأشبها لفظ البائن.

وتكلم الإمام على ما قيل: إن القرآن ورد بهما، بأنه لم يرد مورد بيان اللفظ، وإنما هو [مسوق؛ لبيان](٣) أن الأزواج مخاطبون بإمساك النساء بالمعروف في مقابلة تركهن، وحل وثيقة النكاح، على وزان(٤) قول القائل: أكرم الضيف أو سرحه، وليس(٥) المراد: أن يقول له: سرحتك، ومثل هذا المعنى حاصل في لفظ [الطلاق - أيضًا - إلا أن يقول فيه على العرف اللغوي، وأصل السراح: التسريح، وهو](٦) الإرسال، وضع موضع المصدر، وهو بفتح السين.

واعلم: أن ظاهر كلام الشيخ - رضي الله عنه - يقتضي حصر الصريح في الألفاظ الثلاثة المذكورة، وقد صرح بذلك الإمام، وأن مأخذ الصراحة [عند الشافعي - رضي الله عنه - التكرار في القرآن، وقد تقدم في كتاب الخلع حكاية قولين في أن الخلع صريح أم لا؟ وحكينا أن صاحب «التهذيب» اختار أنه صريح، وأن مأخذ

= عن أنس ... به.

قال البيهقي ليس بشيء، وصححه ابن القطان.

وأخرجه الدارقطني (٤/ ٤) في كتاب الطلاق، حديث (٢)، والبيهقي (٧/ ٣٤٠) كتاب الخلع والطلاق، باب: ما جاء في موضع الطلقة الثالثة من كتاب الله، من طريق عبد الواحد ابن زياد، عن إسماعيل بن سميع، عن أنس....به.

وقالا جميعا الصواب عن إسماعيل عن أبي رزين عن النبي ﷺ مرسلا، قال البيهقي: كذا رواه جماعة من الثقات.

قال الحافظ في التلخيص(٣/ ٤٤٥): وهو في المراسيل لأبي داود، كذلك قال عبد الحق المرسل أصح، وقال ابن القطان المسند أيضا صحيح ولا مانع أن يكون له في الحديث شيخان.

(١) زاد في س: و.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: مسبوق البيان.
(٤) في د: وأن.
(٥) في د: وأبقى.
(٦) سقط في س.

الصراحة][١] هل [هو][٢] ذكر المال - كما حكاه في الشامل - أو شيوع استعماله في الناس على قصد الطلاق، وهو الذي ذهب إليه المعظم، والصحيح في النهاية؟

فإن راعينا المعنى الأول: لم يكن ما ذكرناه هنا مخالفًا لما في الخلع؛ لأن ذكر المال ثَمَّ قام[٣] مقام النية؛ فلا صريح غير الألفاظ [الثلاثة كما ذهب إليه بعض أصحابنا.

وإن راعينا المعنى الثاني: لم ينحصر صرائح الطلاق في الألفاظ][٤] المذكورة، بل كل لفظ شاع استعماله في قوم، أو قطر لإرادة الفراق شيوع الطلاق فهو صريح.

وأيد الإمام هذا الأصل بأن[٥] الفقهاء قاطبة أجمعوا على أن المعتبر في الأقارير والمعاملات إشاعة الألفاظ، وما يفهم [منها في][٦] العرف المطرد، والعبارات عن العقود - يعني: لمعانيها - وألفاظ الطلاق عبارة عن مقاصدها فكانت بمثابتها[٧]؛ وعلى هذا الأصل قول القائل لامرأته: أنت علي حرام، أو: حلال[٨] الله علي حرام - ملتحق[٩] في قطرنا وعصرنا بالصرائح.

قال الرافعي: وهو الأظهر، والمذكور في «التهذيب»، وعليه ينطبق ما في «فتاوى القفال»[١٠] والقاضي الحسين والمتأخرين من الصحابة.

وفي «النهاية»: أن القاضي حكى عن شيخه القفال: أنه كان يقول: إذا قال من يعلم أن الكناية لا تقع إلا بالنية: حلال[١١] الله علي حرام، ولم ينو - [لم يقع][١٢] [الطلاق][١٣]، وإن كان القائل عاميًّا سألناه عما سبق إلى فهمه من إطلاق عاميٍّ آخر هذه الكلمة؟ فإن زعم أنه سبق إلى فهمه الطلاق، قيل له: أنت محمول على فهمك.

وفي «التتمة» حكاية عن القفال أنه قال: إن نوى عين الزوجة فذاك، وإلا

---

(١) سقط في س.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: قائم.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: لأن.
(٦) في س: من.
(٧) في س: كمقاصدها.
(٨) في د: حلل.
(٩) في س: يلتحق.
(١٠) في س: ابن القطان.
(١١) في د: حلل.
(١٢) في د: ولم يقع.
(١٣) سقط في س.

حكمنا بوقوع الطلاق للعرف، وسيأتي بقية الكلام في هذه المسألة، إن شاء الله تعالى.

وإذا جمعت ما ذكرناه واختصرت، قلت: صرائح الطلاق غير محصورة على قول، ومحصورة [على قول][1] في الألفاظ الثلاثة، وفي لفظ الطلاق على قول.

وقد ضبط الإمام الغزالي الصريح المتفق عليه والمختلف فيه في كتاب الخلع، فقال: ما تكرر في القرآن أو [على][2] لسان حملة الشرع فهو صريح، [وما تكرر][3] على لسان العامة، أو لم يرد في القرآن إلا مرة واحدة، فهل هو صريح أم لا؟ فيه خلاف.

قال:فإذا قال: أنت طالق، أو: مطلقة، أو: طلقتك، أو: فارقتك، أو: أنت مفارقة، أو: سرحتك، أو: أنت مسرحة - طلقت وإن لم ينو؛ إذ هو معنى الصريح.

وكذلك[4] لو قال: يا مطلقة، أو[5]: يا طالق، أو: يا مفارقة، أو: يا مسرحة، أو: أوقعت عليك طلاقي.

وفي «شرح مختصر الجويني» حكاية وجه غريب؛ أن قوله: أنت مطلقة، أو يا طالق ليس بصريح.

وذكر القفال في شرح التلخيص أن قوله: أنت مسرحة أو: مفارقة أو: يا مسرحة، لا يكون صريحًا؛ لأن الوارد في الكتاب منها[6] الفعل دون الاسم، بخلاف الطلاق؛ قال الله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ﴾؛ [البقرة: ٢٢٨] وهذا الوجه مفرع على أن قوله: يا طالق صريح، أما إذا قلنا: إنه ليس بصريح؛ فهذا أولى.

فروع:

لو قال: يدك طالق فهو صريح، وكذا لو قال: أنت نصف طالق، [أو قال: نصفك طالق][7].

وفي الرافعي حكاية نقل خلاف عن أبي الحسن العبادي في قوله: أنت طالق نصف طلقة.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في س.
(٣) في س: وما يكون.
(٤) في س: وكذا.
(٥) في س: أي.
(٦) في س: منهما.
(٧) سقط في س.

قلت: وهذا الخلاف يمكن تخريجه على أن وقوع الطلاق[١] عليها بطريق التعبير بالبعض عن الكل، أو بطريق السراية على ما سيأتي.

فإن قلنا: إنه بطريق التعبير بالبعض، كان كناية؛ لأن ذلك من أنواع المجاز، والمجاز لا يستقل بالإفادة.

وإن قلنا: إنه بطريق السراية، فهو صريح.

ولو قال: أنت مطلقة، أو: يا مطلقة، لا يكون صريحًا؛ لعدم الاشتهار، وإن كان الطلاق والتطليق متقاربين؛ كالإكرام والتكريم.

وفي التتمة حكاية وجه: أنه صريح.

قال: فإن ادعى أنه أراد طلاقًا من وثاق، أو فراقًا بالقلب، أو تسريحًا من اليد - لم يقبل في الحكم؛ لأنه يدعي خلاف ما يقتضيه اللفظ عرفًا، ويُدَيَّن فيما بينه وبين الله عز وجل؛ لأنه يحتمل ما يدعيه.

نعم، لو كان يحل وثاقها وقال: أردت[٢] بالطلاق: حل الوثاق، فهل يقبل في الظاهر؟ فيه وجهان في الوسيط وغيره.

وضابط ما يُدَيَّن فيه: كل ما يقبل ظاهرًا إذا وصل به اللفظ يُدَيَّن فيه إذا نواه ولم يأت به إلَّا الاستثناء، كقوله: أنت طالق، وينوى إن شاء الله، وسيأتي الكلام في ذلك - إن شاء الله تعالى.

ومعنى التدين: أنه لا يقع الطلاق في نفس الأمر؛ إن كان صادقًا فيما يدعيه، ثم إن المرأة إن صدقته، حل لها أن تقيم معه، فلو رآهما الحاكم مجتمعين، هل يفرق بينهما؟ فيه وجهان محكيان في المهذب وغيره.

قلت: وقد يظهر ضعف القول بعدم التفريق؛ لأنه لو قيل به[٣]: رجع الأمر إلى أنا نقبل قوله في الحكم إذا صدقته؛ إذ لا معنى للقبول في الحكم إلا جواز الوطء وتقريرهما على النكاح وترتيب[٤] أحكامه[٥].

وإن كذبته المرأة فلا يجوز لها التمكين، وعليها الهرب، ويجب على الحاكم أن يفرق بينهما.

---

(١) في د: الطلقة.
(٢) في د: نويت.
(٣) في س: أنه.
(٤) في س: ترتب.
(٥) في د: حكاية.

وإن لم تعلم صدقه ولا كذبه، قال الجيلي: يكره لها تمكينه من نفسها، وفي التحريم وجهان.

ثم هذا كله فيما إذا لم يصل اللفظ بما نواه، فإن وصله به(١)، بأن قال: أنت طالق من وثاقي، أو: وفارقتك بقلبي، أو: سرحتك من يدي، أو: إلى أهلك(٢) - لم يقع الطلاق في ظاهر الحكم، وفيما بينه وبين الله - عز وجل - إن كان على عزم أن يأتي بهذه الزيادة من أول كلامه.

أما لو قال: أنت طالق ووصل هذه الزيادة، فالطلاق واقع في الباطن.

ولو لم يكن [في](٣) عزمه في الابتداء، ثم عزم على هذه الأمور في أثناء الكلام(٤)، فوجهان سيأتي نظيرهما في الاستثناء، كذا قاله في التتمة، ويجري مثله فيما يدين فيه(٥).

فروع:

أحدها: ترجمة [لفظ](٦) الطلاق بالعجمية، وسائر اللغات، هل هي صريحة؟ فيه وجهان: أصحهما - ولم يورد [أكثرهم](٧) غيره-: أنها صريحة.

والثاني - وينسب إلى الإصطخري-: أنها ليست صريحة.

الثاني: إذا قال لزوجته: أريد أن أطلقك طلاقًا لا يقع عليك، ثم قال: يا فلانة أنت طالق، حكى الشيخ أبو عاصم العبادي عن بعض أصحابنا: أنه لا يقع الطلاق.

والصحيح: أنه يقع، حكاه في «التتمة»؛ وهذا مثل ما حكاه الرافعي عنهما في الإقرار فيما لو قال: أريد أن أقر لإنسان(٨) بما ليس علي، أو: ما طلقت امرأتي، ولكن أقر بطلاقها، [فأقول: طلقتها](٩) - فإن الشيخ أبا عاصم قال: لا يصح إقراره.

وقال صاحب «التتمة»: الصحيح أنه كما لو قال: عليَّ ألف لا يلزمني.

الثالث: إذا قال: إن قلت لامرأتي: أنت علي حرام، فإني أريد به الطلاق، ثم قال لها بعد مدة: أنت علي حرام - فعن أبي العباس الروياني أنه يحتمل وجهين:

أحدهما: الحمل على الطلاق؛ لكلامه السابق.

---

(١) في س: أنه.
(٢) في س: أنه.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: الأمور.
(٥) في س: منه.
(٦) سقط في س.
(٧) سقط في س.
(٨) في س: للإنسان.
(٩) سقط في س.

والثاني: أنه كما لو ابتدأ به؛ لاحتمال أن النية قد تغيرت[1]؛ هكذا حكاه الرافعي قبل فصل اعتبار النية في الكناية.

وفي «النهاية» في كتاب الصداق عند الكلام في مهر السر والعلانية: أنه لو قال لزوجته: إذا قلت: أنت طالق ثلاثًا، لم أرد به الطلاق، وإنما غرضي أن تقومي، وتقعدي، أو أريد بالثلاث واحدة - فالمذهب أن ذلك لا عبرة به.

وفيه وجه: أن الاعتبار بما تراضيا عليه.

قال الإمام: وذلك مبني على قاعدة مهر السر والعلانية، وعليها[2] تجري الأحكام المتلقاة من الألفاظ.

الرابع: إذا حرك لسانه بكلمة الطلاق، ولم يرفع صوته بقدر ما يسمع، ففي «التتمة»: أن [الكرخي][3] حكى أن المزني حكى فيه قولين:

أحدهما: وقوع الطلاق؛ لأنا نوقع الطلاق بالكناية مع النية، فعند التلفظ أولى.

والثاني: المنع؛ لأنه ليس بكلام؛ ولهذا يشترط في قراءة الصلاة أن يسمع نفسه[4].

قال: **والكنايات: [أن يقول: أنت][5] خلية، وبرية، وبتة، وبتلة، وبائن، وحرام، وأنت كالميتة**[6]، واعتدي، واستبرئي - أي: رحمك - وتقنعي، واستتري، وتجرعي، وابعدي، واغربي، واذهبي، والحقي بأهلك، وحبلك على غاربك، وأنت واحدة، وما أشبه ذلك؛ أي: كقوله: تجردي، وتزودي، واخرجي، وسافري، وتزوجي، وذوقي[7]، وتحرري، والزمي الطريق، وودعيني، ولا حاجة لي فيك، وأنت حرة، وأعتقتك، ولا أنده سربك، وعفوت عنك، وأبرأتك، وأنت ثلاث فثلاث، وأمرك بيدك، وأنت كأمي، وما في معناه، ولست لي بامرأة؛ على المذهب.

---

(١) في س: تعرب. (٢) في س: عليهما. (٣) سقط في س.

(٤) قوله: الرابع: إذا جرَّى لسانه بكلمة الطلاق ولم يرفع صوته بقدر ما يسمع، ففي التتمة: أن الكرخي حكى أن المزني نقل فيه قولين:
أحدهما: وقوع الطلاق؛ لأنا نوقع الطلاق بالكناية مع النية، فعند اللفظ أولى.
والثاني: المنع؛ لأنه ليس بكلام، ولهذا يشترط في قراءة الصلاة أن يسمع نفسه. انتهى كلامه.
وما نقله عن التتمة من حكاية الكرخي للقولين عن المزني غلط؛ فإن صاحب التتمة إنما حكاه عن الزجاجي، ذكر ذلك قبيل الفصل الرابع، وهكذا نقله عنه الرافعي أيضًا والنووي في الروضة، وصحح من زوائده القول الثاني وهو ظاهر. [أ و].

(٥) في د: لقوله. (٦) في د: كالمتعة. (٧) في س: ودوي.

وفي «النهاية» وجه: أنه لا يكون كناية؛ لأنه صريح في الإقرار والإخبار.

وفي الإشراف للهروي [حكاية][(١)] وجه أن قوله: تزوجي، لا يكون كناية؛ حكاه قبل فصل نسخه السجل.

وضابط الكناية: [أن][(٢)] كل لفظ محتمل للفراق، ولم يسمع استعماله [فيه][(٣)] شرعًا ولا عرفًا - فهو[(٤)] كناية.

وحَدَّها القاضي الحسين في «التعليق»: بأن كل لفظ [ينبئ عن][(٥)] الفرقة بوجه ما، دق أو جل، أو ينبيء عن انطلاق ما يكون محتبسًا - فهو كناية.

وأصلها الستر، يقال: كنيت الشيء، إذا سترته؛ فكأنه لم يفصح عن الفراق بصريح اللفظ؛ فقد كنه.

ثم الكناية منقسمة:

إلى جلية: وهي[(٦)] التي يكثر استعمالها في الفراق، وتقوى دلالتها عليه.

وإلى خفية: وهي التي تنحط رتبتها[(٧)] عن الوجهين.

أما الجلية: فقد حصرها الشيخ أبو حامد في ستة ألفاظ، وهي التي صدر الشيخ بها كلامه.

وأضاف إليها أبو الفرج أربعة أخرى، وهي: اعتدى، واستبرئي رحمك، وأنت حرة، وأنت واحدة.

وأما الخفية، فعند الشيخ أبي حامد ما عدا الستة.

وعند أبي الفرج ما عدا العشرة.

ثم قوله: أنت خلية، الخلية: فعيلة بمعنى فاعلة، أي: خالية من الزوج، [وهو خال منها.

وقوله: برية، البرية من البراءة، أي: برئت من الزوج][(٨)].

وقوله: بتة: [البتة][(٩)]: من بت [يبت][(١٠)]؛ إذا قطع، أي: قطعت الوصلة بيننا.

وقوله: بتلة، البتلة: [من][(١١)] تبتل يتبتل؛ إذا ترك النكاح، وانفرد.

---

(١) سقط في س.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: فهي.
(٥) في د: ينبني عن.
(٦) في س: هو.
(٧) في س: ترتيبها.
(٨) سقط في س.
(٩) سقط في س.
(١٠) سقط في س.
(١١) سقط في س.

وقوله: بائن، البائن: من البين، وهو الفراق، وهذه اللغة الفصيحة: بائن؛ كطالق، وحائض؛ لأنه مختص بالأنثى، وفي لغة قليلة تجوز بائنة، وطالقة، وحائضة، وحاملة.

وقوله: حرام، أي: حرام عليَّ، ممنوعة مني؛ للفرقة.

وقوله: وأنت كالميتة، أي: حرام بالطلاق، كما يحرم أكل الميتة.

وقوله: اعتدى، واستبرئي رحمك[١]، أي: طلقتك؛ فاعتدي، واستبرئي [رحمك][٢].

وقوله: وتقنعي، واستتري، أي: حرمتك بالطلاق، فاختفي عني.

[وقوله: وتجرعي[٣]، أي: الفراق ومرارته وقوله وابعدي وقوله: أجنبية مني][٤]، وقوله: واعزبي هو بعين مهملة، وزاي معجمة، وباء وياء، أي: تباعدي، يقال: عزب يعزب؛ إذا تباعد. وفي غير التنبيه بغين[٥] وراء، ومعناه: صيري غريبة مني، أجنبية. ويقال: عزب عني[٦] يعزب، إذا غاب، ومنه قوله تعالى: ﴿وَمَا يَعْزُبُ عَن رَّبِّكَ مِن مِّثْقَالِ ذَرَّةٍ﴾ الآية [يونس: ٦١].

وقوله: وحبلك على غاربك، أي: خليت سبيلك؛ كما يخلى البعير في الصحراء، ويترك[٧] زمامه على غاربه، وهو ما تقدم من الظهر، وارتفع من العنق، ويقال: هو أعلى السنام.

وقوله: أنت واحدة[٨] هو[٩] برفع واحدة، أي: متوحدة بلا زوج، وقيل: ذات تطليقة واحدة.

وقول الزوج لها: لا أنده سربك: نده الإبل أي: زجرها، والسرب: الإبل، وما يدعى[١٠] من المال، أي: فارقتك؛ فلا أهتم بشأنك.

قال: فإن نوى به الطلاق وقع؛ للإجماع.

وفي «النهاية» حكاية وجه: أن قوله: اعتدي، و استبرئي رحمك، لا يقع به

---

(١) في التنبيه: واستبرئ.
(٢) سقط في س.
(٣) زاد في التنبيه: وابعدي.
(٤) سقط في س.
(٥) زاد في س: غير.
(٦) في س: حتى عني.
(٧) في س: أو يترك.
(٨) زاد في التنبيه: وما أشبه ذلك.
(٩) في س: وهو.
(١٠) في س: يرعى.

الطلاق وإن نوى؛ إذا لم تكن مدخولاً بها.

ثم النية المؤثرة في ذلك بالاتفاق أن تقترن بجميع اللفظ من قوله: أنت إلى آخر القاف من طالق، كما صرح به المتولي في باب النية في الصلاة، فإن اقترنت بأوله، ثم عزبت في أثنائه، فالمذهب الوقوع.

ولو خلا أوله، وهو قوله(١): أنت عن النية، [ثم](٢) نوى في أثنائه عند قوله: طالق، ففي الوقوع وجهان(٣).

قال: وإن لم ينو، لم يقع؛ لما قدمناه من أثر عمر - رضي الله عنه - فإنه لو كان يقع من غير نية، لما كان في التحليف فائدة.

وروي أنه ﷺ بعث إلى كعب بن مالك قبل نزول توبته أن يعتزل امرأته، ولا يقربها، فقال كعب لامرأته: الحقي بأهلك، وكوني عندهم حتى يقضي الله في هذا الأمر، ولما نزلت توبته، لم يفرق رسول الله ﷺ بينهما.

---

(١) في س: أوله. (٢) سقط في س.

(٣) قوله: والنية المؤثرة في الكناية بالاتفاق أن تقترن بجميع اللفظ من قوله «أنت» إلى آخر القاف من طالق؛ كما صرح به المتولي في باب النية في الصلاة، فإن اقترنت بأوله ثم عزبت في أثنائه؛ فالمذهب الوقوع.

ولو خلا أوله - وهو «أنت» - عن النية، ثم نوى في أثنائه عند قوله: «طالق»؛ ففي الوقوع وجهان. انتهى كلامه.

فيه أمور:

أحدها: أن تعبيره بطالق غلط في الموضعين، بل الصواب التعبير ببائن أو نحوه، فإن الكلام في الكنايات، وقد عبر في التتمة بالبائن كما ذكرناه لا بما نقله عنه، وهو طالق.

الثاني: أن ما نقله عن التتمة من الاتفاق لم يتعرض له بالكلية وإن كان صحيحًا.

الأمر الثالث: أن تمثيله اقترانًا بالأثناء بما إذا خلا عنها «أنت» وقارنت طالقًا - وقع في التتمة هناك. وفي الرافعي هنا فقلدهما المصنف فيه وهو غلط؛ لأن اللفظ الذي تردد الأصحاب في أن النية هل يشترط اقترانها بجميعه، أم يكفي اقترانها ببعضه؟ إنما هو لفظ الكناية فقط؛ لأن المقصود من النية تفسير إرادة الطلاق باللفظ الذي يحتمله ويحتمل غيره، والمفتقر إلى التفسير لما فيه من الاحتمال إنما هو صيغة الكناية دون ما معها، فتقدم النية عليها لا يفيد قطعًا وإن كان متصلًا بـ«أنت» أو غيرها مما قبله، وقد صرح بهذا الذي ذكرته: البندنيجي والماوردي وصاحب الشامل وغيرهم، إلا أن المصنف في المطلب قد أثبت وجهين في المسألة، وأيد الاكتفاء عند «أنت» بما إذا وقع «أنت» في زمن الطهر و«طالق» في زمن الحيض، فإن ابن سريج قال: يكون الطلاق سببًا ويحصل لها قرء واحد. [أ و].

ولأن(١) هذه الألفاظ تحتمل الطلاق وغيره؛ فلا يقع بها الطلاق [ما لم](٢) ينوه، كالإمساك عن الشراب والطعام لما احتمل العبادة وغيرها، لم يصرف [إلى العبادة](٣) إلا بالنية.

ثم(٤) اعلم أن عد الحرام في الكنايات جواب على أنه لا يلتحق بالصرائح(٥)، كما صار إليه المتقدمون من الأصحاب، وهو ما دل عليه كلام الشيخ كما تقدم.

أو يفرض(٦) في البقاع التي(٧) لم يشتهر اللفظ فيها، وقلنا: إن لفظ الحرام غير صريح في إيجاب الكفارة.

أما إذا قلنا: إنه صريح، فقد حكى الحناطي وجهًا: أنه لا يكون طلاقًا، وهو قضية الضابط المذكور في النهاية وغيرها: أن اللفظ إذا كان صريحًا في باب، ووجد نفاذًا(٨) في موضوعه(٩)، فلا سبيل إلى رده عن العمل فيما هو صريح فيه، ويستحيل أن يكون صريحًا نافذًا في أصله ووضعه، ويكون كناية منوية في وجه آخر، وهو ما جزم به في التهذيب(١٠)؛ تفريعًا على هذا القول عند الكلام فيه.

والمذهب أنه يكون طلاقًا.

قال في «الذخائر»: لأنه إنما يكون صريحًا في إيجاب الكفارة عند عدم النية، فأما مع وجود النية فلا يكون صريحًا في الكفارة(١١).

---

(١) زاد في س: في.
(٢) في د: ولم.
(٣) في س: للعبادة.
(٤) في س: و.
(٥) في س: بالصريح.
(٦) في د: تفويض.
(٧) في س: الذي.
(٨) في س: نفاذًا له.
(٩) في س: موضعه.
(١٠) في د: المهذب.
(١١) قوله: وهل الحرام من الصرائح، أو من الكنايات؟ فيه خلاف، ثم قال: وعد الحرام من الكنايات على قولنا ليس بصريح محله: إذا قلنا: إن لفظ «الحرام» غير صريح في إيجاب الكفارة.
أما إذا قلنا: إنه صريح؛ فقد حكى الحناطي وجهًا: أنه لا يكون طلاقًا، وهو قضية الضابط المذكور في النهاية وغيرها: أن اللفظ إذا كان صريحًا في باب ووجد نفاذًا في موضوعه فلا سبيل إلى رده عن العمل فيما هو صريح فيه، ويستحيل أن يكون صريحًا نافذًا في أصله ووضعه، ويكون كناية منوية في وجه آخر، وهو ما جزم به في المهذب تفريعًا على هذا القول عند الكلام فيه.
والمذهب: أنه يكون طلاقًا.
قال في الذخائر: لأنه إنما يكون صريحًا في إيجاب الكفارة عند عدم النية، فأما مع وجود النية فلا يكون صريحًا في الكفارة. انتهى كلامه.
وهذا النقل عن المهذب والذخائر غلط، أما المهذب: فإنه جزم بأن الزوج إذا نوى به الطلاق وقع، ولم يتعرض للتخريج الذي نقله عنه المصنف بالكلية، فإنه قال: فصل: إذا قال لامرأته: أنت علي حرام =

فإن[(١)] قيل: إذا قلتم بأن لفظ الحرام صريح عند الإطلاق في إيجاب الكفارة، وقلتم: إنه صريح في الطلاق؛ [لشيوعه][(٢)] فهل تحكمون بوقوع الطلاق، ووجوب الكفارة، أو ماذا تصنعون؟

قلنا: قضية ما في «التهذيب»: أنه يتعين الطلاق.

وفي «النهاية»: أنا إن حكمنا بأن مأخذ الصراحة الشيوع، فلا يتصور كون لفظ التحريم صريحًا في الناس؛ فإن معنى الشيوع ألا يستعمل في اطراد العادة إلا في المعنى المطلوب، وحينئذ لا يتصور أن يشيع[(٣)] لفظ على الحد الذي ذكرناه في المعنيين[(٤)] مع اتحاد الزمان والمكان؛ فإن شاع أحد المعنيين، كان صريحًا فيه، كناية في الثاني؛ ولذا[(٥)] جوزنا أن يكون للصرائح مأخذان:

أحدهما: ورود الشرع.

والثاني: الشيوع على النعت المتقدم[(٦)].

فلو فرض شيوع التحريم في الطلاق، فلا يتجه إلا أحد أمرين:

إما تغليب وقوع الطلاق؛ فإنه يحرم النفس، والتحريم الموجب للكفارة لا يحرمها.

وإما خروج اللفظ عن كونه صريحًا في الناس جميعًا؛ لتعارض العرف والشرع، واستحالة الجمع، وامتناع تخصيص أحد الجانبين؛ فلا يعمل اللفظ إذن في أحد المعنيين إلا بقصد، والله أعلم.

= ونوى به الطلاق فهو طلاق. هذا لفظه، ولم يتعرض فيما إذا نوى لغير ذلك، ثم قال بعد ذلك في الكلام على إيجاب الكفارة بها: وإن قال: أنت علي حرام ولم ينو شيئًا ففيه قولان.

أحدهما: تجب عليه الكفارة، فعلى هذا يكون هذا اللفظ صريحًا في إيجاب الكفارة؛ لأن كل كفارة وجبت بالكناية مع النية كان لوجوبها صريح ككفارة الظهار.

والثاني: لا تجب، فعلى هذا لا يكون هذا اللفظ صريحًا في شيء؛ لأن ما كان كناية في جنس لا يكون صريحًا في ذلك الجنس، هذا لفظه.

وكأن هذا هو سبب الوهم ولا ذكر لذلك في تهذيب البغوي أيضًا حتى يقال: هو الذي ذكره المصنف ولكن تحرف بالمهذب.

وأما النقل المتقدم عن صاحب الذخائر فإنه ليس له ذكر فيها، فإن المسألة مذكورة في الكتاب المذكور في ثلاثة مواضع: أحدها هذا، والثاني في الإيلاء، والثالث في الظهار، ولم أر ما قاله المصنف في شيء من المواضع الثلاث. [أ و].

(١) في د: فإنه.
(٢) سقط في س.
(٣) في د: يمنع.
(٤) في س: من.
(٥) في س: وإن.
(٦) في س: المقدم.

قال: وإن قال: **اختاري، فهو كناية**، أي: [في][1] تفويض الطلاق إليها؛ لأنه يحتمل الطلاق وغيره.

وكذا لو قال: أمرك بيدك.

قال: **يفتقر إلى القبول** - أي: وهو الاختيار وما في[2] معناه - في المجلس على المنصوص.

وقيل: **يفتقر إلى القبول في الحال**.

والكلام على ذلك قد تقدم [ذكره][3] عند تفويض صريح الطلاق، وكان اللائق [أن][4] يذكر هذا[5] الفرع عقيبه.

قال: **فإن قالت: اخترت، ونويا الطلاق - وقع**، أي: نوى الزوج عند قوله: اختاري[6] التفويض إليها، ونوت هي عند قولها: اخترت الطلاق.

قال: **وإن لم ينويا، أو أحدهما، لم يقع**؛ لأن هذا شأن الكنايات.

واعلم أن بعض الناس يورد على الشيخ أن قوله: ينويا[7] لا حاجة إليه مع قوله: أحدهما؛ لأنه لا يقع إذا لم ينو أحدهما.

وبيانه: أن الذي لم ينو إن كان هو الزوج، لم يقع؛ لأنه لم[8] يوجد منه التفويض المتسلط[9] على التطليق، وإن كانت المرأة؛ فلأن الطلاق يقع بقبولها، ولم يوجد شرط وقوعه، وهذا بخلاف مالو قال لها: طلقي نفسك، ونوى ثلاثًا، فقالت: طلقت ولم تنو الثلاث[10]؛ فإنه يقع على أحد الوجهين؛ لأن البناء في العدد أقرب من البناء في أصل الطلاق، وكأنه فوض إليها أصل الطلاق، وتولى بنفسه قصد العدد.

فإن قيل: قد قلتم: إنه إذا دفع الزكاة إلى وكيله، ونوى رب المال، ولم ينو الوكيل - إنه يجزئ على قول، مع أن النية شرط فيها؛ كما أنها شرط هنا.

فالجواب: أن من قال بالإجزاء في الزكاة، بناه على أن النية السابقة على الدفع

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: فيه.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في س.
(٥) زاد في س: عن.
(٦) زاد في س: في.
(٧) في س: نويا.
(٨) في س: لا.
(٩) في س: المسلط.
(١٠) في س: ثلاثًا.

إلى الفقير تجزئ، وقد وجدت، وليس لفعل الوكيل في ذلك أثر حتى لو كانت الزكاة على الأرض، وأمر الفقير بأخذها، فأخذها، كانت مجزئة، وليس هاهنا كذلك، فإن قول الوكيل هو الموقع للطلاق.

فرع: لو قال لها: طلقي نفسك ثلاثًا، فقالت: طلقت نفسي، [أو طلقت][١]، ولم تتلفظ بعدد، ولا نوته، فقد قال القاضي: يقع الثلاث.

قال الإمام: وهذا ماش على القول بأن التفويض إليها تمليك.

أما إذا جعلنا التفويض توكيلاً، فالوجه أنه لا يقع الثلاث، فإن تصرف الوكيل لا يبنى[٢] على التوكيل.

ولا فرق في وقوع الطلاق عند نيتها بين أن تقول: اخترت، وتقتصر على ذلك، أو تقول: اخترت نفسي.

وفي التهذيب: أنه لابد [من][٣] أن تقول: اخترت نفسي، بخلاف ما إذا قال: اختاري نفسك، فقالت: اخترت، فإنه يقع وإن لم تقل: نفسي.

وفي تعليق القاضي الحسين في هذه الصورة حكاية وجه [آخر:][٤] أنه يفتقر إلى ذلك كالمسألة الأولى.

ولو قالت: اخترت الأزواج[٥]، أو أبوي، أو أخي، أو عمي، ونوت الطلاق، ففي [وقوع الطلاق][٦] وجهان:

أظهرهما في الرافعي الوقوع.

ولو اختارت الزوج، قال في المهذب: لم يقع [الطلاق][٧]، وعلله بأن عائشة - رضي الله عنها - لما خيرها رسول الله - ﷺ - فاختارته، لم يكن طلاقًا.

وبأن اختيار الزوج اختيار للنكاح، لأنه لا يحتمل غيره؛ فلم يقع به الطلاق.

وما قاله قد يعترض عليه فيه، فيقال: إن كان مع كونها نوت الفراق، فلا يحسن الاستدلال بالخبر؛ لأن عائشة - رضي الله عنها - لم تنو الطلاق، بل ظهر منها ما يدل على خلافه.

---

(١) سقط في س.
(٢) في س: ينبني.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: ألا زواج.
(٦) في د: وقوعه.
(٧) سقط في د.

وإن كانت لم تنو فعدم وقوع الطلاق؛ لعدم النية؛ [إذ قد][1] تقرر أن لفظ الاختيار كناية، فقوله: اختيار الزوج لا يحتمل غيره، [و][2] لا وجه له، لأنه لو احتمل غيره كان الحكم كذلك؛ لعدم النية.

ولو نوى الزوج بقوله: أمرك بيدك إنجاز[3] الطلاق، ففي وقوعه قبل[4] اختيارها وجهان.

قال: **وإن رجع فيه** - أي: الإيجاب - **قبل القبول، صح الرجوع**، أي: سواء[5] قلنا: إنه تمليك، أو توكيل.

أما إذا قلنا: إنه توكيل؛ فلأنه عقد جائز في أصله.

وأما إذا قلنا: إنه تمليك؛ فلأن التمليكات يجوز الرجوع فيها قبل القبول.

قال: **وقيل: لا يصح** - أي إذا قلنا: إنه تمليك - وهو قول ابن خيران، ووجهه بأنه إذا قال: طلقي نفسك، فكأنه قال: إذا تلفظت بتطليق نفسك فأنت طالق، والطلاق المعلق لا يقبل الرجوع.

قال الإمام: وهذا مردود لا أصل له، والعجب أن شيخي كان لا يحكي في التفريع على قول التمليك غيره، وكان يعبر عنه بأنه تمليك متضمن بتعليق.

ووجه المذهب: أن الإيجاب يقتضي قبولاً؛ فكان[6] له الرجوع عن الإيجاب قبل القبول، كإيجاب البيع.

قال: **وإن قال لها: ما اخترت، فقالت: اخترت**[7]، **فالقول قوله**، [أي][8]: مع يمينه؛ لأن الأصل بقاء النكاح، وإقامة البينة عليه [غير][9] ممكنة.

قال: [**وإن قال لها:**][10] **ما نويت، فقالت: نويت فالقول قولها**؛ لأنها ادعت ما لا يمكن إقامة البينة عليه، فكان القول قولها [فيه][11]، كالحيض.

قال: **وقيل: القول قوله**[12]، وهو[13] قول أبي سعيد الإصطخري؛ كما لو ادعت الاختيار.

---

(١) في س: إذا.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: إيجاب.
(٤) في س: بعد.
(٥) في س: إذا.
(٦) في س: قال.
(٧) في س: ما اخترت.
(٨) سقط في س.
(٩) سقط في س.
(١٠) في د: فإن قال.
(١١) سقط في س.
(١٢) زاد في التنبيه: والأول أصح.
(١٣) في س: وهي.

فرع: لو جعل أمر الزوجة إلى الوكيل، فقال لها الوكيل: أمرك بيدك، وقال: نويت الطلاق، وصدقته المرأة، وكذبه الزوج - فالقول قول الوكيل على المذهب.

وفيه وجه: أن القول قول الزوج.

وتعليلهما: ما ذكرناه؛ كذا حكاه القاضي ابن كج.

قلت: وهذا تفريع منه على أن الزوج إذا قال لها: أمرك بيدك، ونوى[1] تنجيز الطلاق - أنه يقع.

أما إذا قلنا: إنه لا يقع من الموكل، فالوكيل أولى.

ولو توافق الزوجان على تكذيبه، لم يقبل قول الوكيل عليهما.

قال: **وإن قال لها: طلقي نفسك، فقالت: اخترت، ونوت، وقع [الطلاق]**[2]، وكذا لو قالت[3]: أبنت، وأنا خلية، وغير ذلك من الكنايات؛ كما لو قال: بع، فباع بلفظ التمليك.

قال: **وقيل: لا يقع حتى يأتي بالصريح** - [أي][4]: إما بلفظ الطلاق أو غيره - وهو قول ابن خيران، ويروى[5] عن أبي عبيد بن حربويه؛ إذ هو المفوض إليها.

ويجري الخلاف فيما لو فوض الطلاق ببعض الكنايات[6]، ونوى، فقالت: طلقت نفسي.

وعن القاضي الحسين وغيره أن الخلاف يجري فيما إذا قال لأجنبي: طلق زوجتي فقال: أبنتها، ونوى.

أو قال: أبن زوجتي، ونوى، فقال الوكيل: طلقتها.

ولو قال لزوجته: أبيني نفسك، فقالت: أنا خلية، ونويا، فهل يقع الطلاق تفريعًا على هذا الوجه الثاني؟ حكى الإمام فيه ترددًا [مثل هذا التردد فيما إذا قال: طلقي، فقالت: سرحت، ولم أره][7] قال: والأوجه: ألا يمنع.

فروع:

لو قال لها: طلقي نفسك، فقالت: أنا طالق، إذا قدم زيد، لم يصح التعليق؛ لأنه لم يملكها إياه.

---

(١) في د: ونوت.
(٢) سقط في التنبيه.
(٣) في س: قال.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: وهو روي.
(٦) في س: الكتاب.
(٧) سقط في س.

وكذا الحكم في حق الأجنبي.
وفيها وجه حكاه الحناطي.
ولو قال لها: علقي طلاقك بكذا، أو قاله لأجنبي[1] ففعل وفعلت، فظاهر المذهب: أنه لا يصح التعليق، وهو ما أجاب به في التهذيب؛ لأن التعليق يجري مجرى الأيمان؛ فلا يدخله التفويض.
وفي التتمة حكاية وجهين آخرين عن أبي عاصم العبادي:
أحدهما: أنه يجوز تفويض التعليق كتفويض التخيير.
والثاني: [أنه][2] ينظر في الصفة التي أمر بالتعليق بها:
إن كانت توجد [لا محالة: كطلوع الشمس، فيجوز؛ لأن مثل هذا التعليق ليس بيمين.
وإن كانت قد توجد][3] وقد لا توجد: كدخول الدار، فهو يمين؛ فلا يجوز.
قلت: ولو خرج وجه فارق بين أن يفوض إلى أجنبي؛ فلا يجوز، وبين أن يفوض إلى الزوجة؛ فيجوز؛ بناء على مذهب ابن خيران: أن التفويض إليها تعليق على تلفظها - لكان له وجه.
ولو قال لها: طلقي نفسك إذا جاء رأس الشهر، انبنى على القولين: إن قلنا: إنه تمليك؛ فلا يجوز، وإلا فيجوز.
وفي تعليق القاضي الحسين إجراء قولين فيما لو قال ذلك للوكيل؛ وهذا منه يدل على أن الخلاف جارٍ فيها وإن قلنا: إنه توكيل؛ لأنه سوى بينها[4] وبين الوكيل، ثم فرع على ذلك، فقال: إن قلنا: يصح، فإن كان التفويض إلى المرأة، فعليها أن تطلق نفسها إذا جاء رأس الشهر في المجلس، وإن قلنا: إن الوكالة فاسدة، فلو طلق في الحال، فهل يقع أم لا؟ فيه وجهان.
والأظهر: أنه لا يقع.
قال: وإن قال: أنت الطلاق، فقد قيل: **هو صريح**؛ لأن لفظ الطلاق لا يطلق - كيف فُرِضَ الأمر فيه - إلا على قصد الفراق، فإذا جرى لفظ على خلاف ما يعرف ويؤلف، فالاعتبار بأصل الكلمة.

---

(١) في س: للأجنبي.
(٢) سقط في س.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: بينهما.

قال: **وقيل: هو كناية**، وهو الأصح، واختيار القفال، لأن هذا اللفظ لم يثبت له شيوع في العرف، ولا تكرار في القرآن، [وليس][1] جاريًا على قياس اللسان؛ فلم يكن صريحًا، وإنما كان كناية؛ لأن المصدر قد يستعمل بمعنى اسم الفاعل؛ قال الله تعالى: ﴿قُلْ أَرَءَيْتُمْ إِنْ أَصْبَحَ مَآؤُكُمْ غَوْرًا فَمَن يَأْتِيكُم بِمَآءٍ مَّعِينٍ﴾ [الملك: ٣٠] أي: غائرًا؛ فكذلك هاهنا يصير اللفظ بالنية كأنه قال: أنت طالق، وقد استعمل في الشعر بمعنى الطلاق قال الشاعر:

وإن ترفقي يا هند فالرفق أيمن ... وإن تخرقي يا هند فالخرق ألأم

فأنت طلاقٌ والطلاق عزيمة ... ثلاثًا، ومن يخرق أعق وأظلم

فبيني بها إن كنتِ غير رفيقة ... فما لامرئ بعد الثلاث مقدم[2]

فرع: حكى الرافعي: عن التهذيب: أنه لو قال: أنت نصف طلقة فهو كناية كقوله: أنت طلقة.

قال: **وإن قال: أنا منك طالق، أو فوض الطلاق إليها، فقالت: أنت طالق، فهو كناية**؛ لأن مأخذ الصراحة القرآن والإشاعة في الاستعمال، ولم يوجد واحد منهما.

قال: **لا يقع إلا بالنية**[3]؛ إذ هو شأن الكنايات، وإنما وقع بالنية[4]؛ لأن الزوج في حجر النكاح على الجملة؛ من حيث إنه لا يتمكن من نكاح أربع سواها، ولا يتمكن من نكاح أختها ونحوها من الأقارب اللاتي يحرم الجمع بينهن، والطلاق حل لذلك الحجر؛ فيصح إضافته إلى الزوج كالمرأة.

والمراد بالنية هنا: أن ينوي إضافة الطلاق إلى الزوجة، لا مجرد الطلاق، وإلا فقد تقدم أن الكناية لا يقع بها طلاق إلا بالنية.

ووجه اعتبار ذلك: أن الزوج ليس محلا في العادة لإضافة الطلاق إليه؛ ولذلك[5] كان اللفظ كناية، وإذا كان كذلك فلابد أن ينوي المحل الذي تصح الإضافة إليه، وهو الزوجة؛ [و][6] هذا هو الذي عليه الجمهور.

---

(١) سقط في س.

(٢) ينظر: لسان العرب (أيا)، وتهذيب اللغة (١٥/٦٥٦).

(٣) في س: بالبينة.

(٤) في س: بالكناية.

(٥) في س: كذلك.

(٦) سقط في س.

وقال الإمام: وذهب طوائف من المحققين إلى أن قصد الطلاق كاف وإن لم يضفه لفظًا وعقدًا بالنية، وهو الذي اختاره القاضي، وهو القياس.

نعم: لو نوى الزوج طلاق نفسه، فالوجه عندنا أنه لا يقع.

وقد ذكر بعض الخلافيين: أن اللفظ صريح وإن قصد تطليق نفسه، وهذا [لا احتفال](1) به.

وشبه مشبهون هذا بما لو قال لامرأته: أنت طالق؛ من حيث إن لفظ الطلاق جرى على صيغة مستشنعة(2) حائدة [عن جهة العرف في الاستعمال.

واعلم أن قول الشيخ: **لم يقع إلا بالنية**](3) يفهم أنه متى وجدت النية(4) وقع، وهذا منه تفريع على أنه لو فوض إليها الطلاق بالصريح، فأتت بالكناية مع النية يقع الطلاق.

[و](5) أما إذا قلنا بمذهب ابن خيران، وهو عدم الوقوع [ثم](6)، فلا يقع هاهنا [- أيضا -](7) وقد أشار إلى ذلك الإمام.

[فرع](8): قال في التتمة: لو فوض الطلاق إليها بلفظ البينونة، فقالت للزوج: أبنتك، ونوت، أو قال الزوج لها: أنا منك بائن، ونوى - فحكمه ما تقدم.

وفي النهاية: أنه لابد من تبيين أحدهما نية أصل الطلاق والثانية [نية الإيقاع عليها.

قال مجلي: وفي هذه المسألة نظر؛ من حيث إن لفظ الطلاق هنا كناية](9) لا يقع به الطلاق إلا بالنية، والكناية لا يكون عنها كناية؛ لضعفها، وإنما الكناية تكون عن الصرائح؛ فينبغي ألاَّ يقع الطلاق في هذه الصورة بشيء من الكنايات.

قلت: وهذه المادة مأخوذة من قول الشيخ أبي حامد فيما إذا قال لزوجته: أنت كالميتة، وأراد به: أنت حرام؛ فإنه قال: إن قلنا: إن لفظ الحرام كناية، لم يجب شيء؛ لأن الكناية لا ينوى بها [الكناية؛ كذا حكاه ابن الصباغ عنه، وما قاله قد يمنع](10)، ويقال: إن المأتى به كناية عن قوله: أنت طالق، وحينئذ

---

(١) في س: الاحتفال.
(٢) في د: مستشفة.
(٣) سقط في د.
(٤) في س: الصفة.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في س.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في س.
(٩) سقط في د.
(١٠) سقط في د.

فلا[(١)] تكون للكناية كناية؛ كما لو نوى بقوله: أنت [كالميتة][(٢)] الطلاق.

قال: **وإن قال: كلي واشربي، فقد قيل: هو كناية؛ كقوله: تجرعي**، والمعنى: كلي ألم الفراق، واشربي شراب الفراق، وهذا هو الصحيح، واختيار الشيخ أبي حامد.

وقيل: ليس بشيء [أي][(٣)] ولو نوى به الطلاق، وهو اختيار أبي إسحاق، كما لو قال: أطعميني أو[(٤)] اسقيني؛ على أن فيهما - أيضًا - وجها، وسيأتي ذكره.

وإنما قلنا: إنه لا يقع بقوله أطعميني، وما في معناه؛ لأن ما أتى به لا دلالة [له][(٥)] على الطلاق؛ فلم يوجد سوى مجرد النية، وهي لا يقع بها الطلاق، [و][(٦)] لأنه حل عقد؛ فلا يقع بمجرد النية؛ كالإقالة في البيع، وروي عن الشيخ أبي محمد القطع بأن قوله: كلي ليس بكناية.

قال: وأما[(٧)] **إذا قال اقعدي، أو بارك الله عليك، وما أشبه ذلك، فليس بشيء؛ نوى أو لم ينو**؛ لأن النية إنما تؤثر فيما يحتمله اللفظ؛ وهذا اللفظ لا يدل على الفراق بحال؛ وهذا ما جزم به في التتمة، والتهذيب في قوله اقعدي.

وفيه وجه: أنه كناية.

وألحق في الإقناع قوله: بارك [الله فيك][(٨)] بقوله بارك الله عليك، بخلاف قوله: بارك الله [لك][(٩)]؛ فإنه كناية.

قال: **وإن قال: أنت عليَّ كظهر أمي، ونوى [به][(١٠)] الطلاق، [لم يقع الطلاق][(١١)]**، أي: وإن كان محتملا له؛ لما يشتركان فيه من إفادة التحريم - **بل يكون ظهارًا**؛ لأنه وجد نفاذًا في موضوعه[(١٢)] صريحًا؛ فلا ينصرف عنه بمجرد النية، وقد تعذر الجمع بينهما؛ فنفذ في موضوعه، واقتصر عليه.

قال: **وإن قال لرجل: [أطلقت][(١٣)] امرأتك؟ فقال: نعم، طلقت**، أي: وإن

---

(١) في س: قد لا.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في س.
(٤) في س: و.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في د.
(٧) في التنبيه: فأما.
(٨) في د: يدل.
(٩) سقط في س.
(١٠) سقط في التنبيه.
(١١) سقط في س.
(١٢) في س: موضعه.
(١٣) في س: طلقت.

لم ينو؛ لأن قوله: نعم صريح في الجواب؛ ولهذا لو قال الحاكم للمدعى عليه: أعليك ألف؟[(١)] فقال: نعم، وجبت عليه؛ وحينئذ يكون تقدير الكلام نعم طلقتها وهذا قول الشيخ أبي حامد.

وفي «الشامل» حكاية قول آخر: أنه كناية؛ لأن نعم ليست معدودة من صرائح الطلاق.

قال القاضي أبو الطيب: وهذان القولان كالقولين فيما إذا قال: زوجتك، فقال: قبلت، ولم يذكر لفظ النكاح.

وفي الرافعي و«النهاية»: أنهما مبنيان عليهما، وقضيته ترجيح قول الكناية، لكن ابن الصباغ والروياني رجحا كونه صريحًا.

وفي النهاية بعد حكاية القولين عن رواية صاحب التلخيص: أن الشيخ أبا علي - كما صرح به مجلي - لم يرض هذه الطريقة، وأن قوله: نعم في جواب السؤال ينبغي ألا يكون صريحًا في الطلاق، ولا كناية، بل هو صريح في الإقرار بالطلاق، ثم إن كان كاذبًا فلا يقع به الطلاق باطنًا، وينفذ الحكم بالإقرار ظاهرًا، ثم لا ينبغي أن يكون في ثبوت الإقرار اختلاف قول.

قال الرافعي: وفي كلام بعض النقلة إثبات الخلاف [على الإطلاق][(٢)] حتى لا يكون قوله: نعم في صورة الاستخبار صريحًا على قوله.

قلت: وقد أشار إليه الإمام - أيضًا - بقوله: فهو صريح في الإقرار على الظاهر عند الكلام في قبول[(٣)] النكاح.

وفي «الوسيط»: أنه [إن][(٤)] قال ذلك جوابًا [لمن][(٥)] التمس منه إنشاء الطلاق، فإن نوى وقع، وإلا فقولان، وإن كان جوابًا لمن استخبر منه فهو صريح في الإقرار.

فرع: لو قيل له: أطلقت؟ فقال: قد كان بعض ذلك، وفسر كلامه بما سنذكره [لم][(٦)] يجعل ذلك إقرارًا بالطلاق؛ لاحتمال أن يكون قد جرى منه وعد به، أو تعليق، [ومثل ذلك يصحح مثل هذا][(٧)] اللفظ.

[و][(٨)] قال في «التتمة»: إن كان السؤال عن ثلاث طلقات، فيلزمه طلقة، وإن

---

(١) زاد في د: لم ادعاها.
(٢) في س: مطلقًا.
(٣) في س: قبوله.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: مثل يصحح هذا.
(٨) سقط في س.

كان عن طلقة فلا يلزمه شيء.

[فرع][(١)] آخر: لو قال لرجل: [أطلقت امرأتك؟][(٢)] فقال: اعلم أن الأمر على ما تقوله.

قال الرافعي: حكى جدي في أنه هل يكون إقرارًا بالطلاق وجهين:

أصحهما: أنه لا يكون إقرارًا.

ولو قال في جوابه: طلقت، فقد قيل: هو كما لو قال: نعم، فيكون على القولين في أنه صريح أو كناية.

وقيل: ليس بصريح لا محالة؛ حكاه الرافعي في الفروع.

قال: **وإن قال: ألك زوجة؟ فقال: لا، لم يكن[(٣)] شيئًا**، أي: وإن نوى، وهذا نصه في «الإملاء»، وهو ما أورده كثير من الأصحاب، على ما حكاه الرافعي، وصرح به المحاملي في «المجموع»، ووجهه: أنه كذب محض؛ فلا يتعلق به حكم.

وفي «المهذب»: أنه إن نوى [به][(٤)] الطلاق؛ وقع، وإلا فلا.

فإن حمل كلام الشيخ هنا على ما في المهذب؛ كان معنى قوله: لم يكن شيئًا؛ أي: إذا لم ينو.

وفي «النهاية» قبل كتاب الصداق في ضمن فرع - وهو إذا ادعت المرأة نكاح رجل، وأنكر-: أن ظاهر النص: أن إنكار الزوج طلاق، وهو مُشْكِل.

وقال قبيل [كتاب][(٥)] الصداق: إن كونه لا يكون قاطعًا للزوجية مسلكًا بعيدًا، ومفهومه: أن الراجح عنده أنه لا يكون قاطعًا لها.

وقال عند الكلام في هذا الفرع: قال أصحابنا: لا يتعلق به حكم، وقال المحققون: هو كناية في الإقرار، وقال القاضي: عندي أن هذا صريح في الإقرار بنفي[(٦)] الزوجية، وهو[(٧)] ما حكاه قبل فصل أوله: أنت طالق من وثاق.

وفي «التتمة» - على رأي القاضي-: أنه لو رجع، وادعى الزوجية؛ لم يقبل.

---

(١) سقط في د.
(٢) في س: أطلقتك.
(٣) في س: يك.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في س.
(٦) في د: تبقى.
(٧) في س: وهذا.

والمذكور في «التهذيب» ما ذكره المحققون، لكنه قال: ولها تحليفه أنه لم يرد طلاقها، وفيما قاله من أن لها تحليفه نظر؛ من حيث إنه فرع على القول بأنه كناية في الإقرار. والدعوى بالإقرار، المذهب أنها لا تسمع، فما ظنك له[١]؟!

وقال الرافعي: لو فرق في هذه المسألة بين أن يكون السائل مستخبرًا، أو منشئا؛ كما في الصورة قبلها، لم يكن به بأس؛ لأنه ذكره في كنايات الطلاق: أنه لو قال مبتدئًا: لست بزوجة لي، كان كناية على الأظهر.

وفي ابن يونس: أن [المشهور الصحيح] : أنه كناية؛ لأنه[٢] يحتمل الطلاق؛ فأشبه سائر الكنايات، وإنما لم نجعله صريحًا؛ لأنه يحتمل أن يريد [به][٣] أن لا زوجة له غير هذه؛ فبهذا فارق المسألة قبلها؛ لأن قوله: نعم لا يحتمل غير الطلاق. انتهى.

وفي قوله: أن لا زوجة له غير هذه إشارة إلى أن المسألة مفروضة في نفي زوجية امرأة معينة، وليست مسألة الكتاب كذلك؛ فلم يظهر كون النقل متوجهًا إليها.

قال: **وإن كتب [الطلاق]**[٤] - أي: لفظ الطلاق الصريح - **ونوى** - أي: بكتابته - الطلاق، **ففيه قولان:**

أصحهما: أنه يقع، وهو المنصوص في المختصر، والأم، واختاره المزني، وجزم به بعضهم؛ لأن الكناية[٥] أحد الخطابين؛ فجاز أن يقع بها الطلاق كاللفظ.

والثاني: لا يقع، وهو نصه في الإملاء، وبه جزم بعضهم - أيضًا - لأنه فعل من قادر على القول؛ فلم يقع به الطلاق، كالإشارة من الناطق.

ولناصر القول الأول ألا يسلم الحكم في الإشارة؛ فإنه [قد][٦] حكي عن صاحب التلخيص: أن إشارته ككتابته في كونها كناية، وأنه اختيار القفال، وأن الشيخ أبا علي حكى أن الأستاذ أبا زيد أجاب به فيما إذا قالت المرأة: طلقني، فأشار[٧] بيده.

وعلى تقدير تسليم الحكم في الأصل - وهو الأظهر - فالفرق: أن الإشارة لم توضع للخطاب ولا لتبيين المراد، وإنما يستدل بها على سبيل الندور؛ لاختلافها

---

(١) في د: يعنيه.
(٢) في س: لا.
(٣) سقط في س.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: الكتابة.
(٦) سقط في س.
(٧) في س: وأشار.

بالأحوال والأشخاص، واختلاف الناس في فهمها، بخلاف الكتابة فإنها حروف موضوعة للإفهام، كالعبارة.

فإن قيل: إذا كانت موضوعة لذلك(١)، فلم تشترطون في وقوع الطلاق بها النية؟

فالجواب: أن الشيخ أبا علي قد حكي عنه: أنه أوقع الطلاق بها، وأن الكتابة صريحة كالعبارة.

وعلى المذهب وهو عدم الوقوع، فالفرق: أن اللفظ صريح في الخطاب، والكتابة قد يقصد بها الحكاية، وتجربة القلم، والنسخ؛ فلم يقع الطلاق بها من غير [نية](٢)؛ كالألفاظ المحتملة(٣)، والله أعلم.

ومحل القولين عند بعضهم في حال الغيبة، فأما في حال الحضور فلا يكون كناية قولاً واحدًا، وعند بعضهم: أن محلها في حال الحضور، فأما في حال الغيبة فيكون كناية قولاً واحدًا، وقيل: القولان في الحالين، وهو الأظهر.

ثم القول بأن الكتابة غير مؤثرة مفروض فيما إذا لم يفرض معها قراءة المكتوب ولا بعدها، أما لو وجدت القراءة، فادعى أنه لم ينو بها الطلاق، وإنما قصد [بها](٤) الحكاية - ففي قبول قوله في الظاهر وجهان، كالوجهين فيما لو قال لها: أنت طالق، وهو يحل وثاقها، وقال: أردت حل الوثاق.

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكتب على الكاغد، والرق، واللوح، وبين أن ينقشه على الحجر، والخشب.

ولا عبرة برسم الحروف على الماء والهواء؛ لأنها لا تثبت.

وقال الإمام: لا يمتنع أن يلتحق هذا بالإشارات؛ فإنها حركات يفهم منها شكل الحروف؛ فتنزل منزلة الإشارة المفهمة.

ولو كتب كناية من كنايات الطلاق، ونوى، فلا يقع بها طلاق على القولين معًا، قاله في الذخائر، وعلله بأن الكتابة كناية؛ فلا تصح بكناية؛ إذ لا يكون للكناية [كناية](٥).

---

(١) في س: كذلك.
(٢) بياض في س.
(٣) في س: المحملة.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في س.

وفي تعليق القاضي الحسين أنه يقع؛ كما لو قال لامرأته: أنا منك بائن، فإنه كناية من وجهين، وإذا نوى به الطلاق وقع.

تنبيه: ما ذكره الشيخ مفروض فيما إذا صدر من ناطق، أما إذا صدر من أخرس، فلم يتعرض له، ونحن نذكره، ونقدم عليه مقدمة نحتاج إلى ذكرها في الباب - أيضًا - فنقول:

الإشارة معتبرة من الأخرس في وقوع طلاقه، للضرورة؛ لأنه كذلك يعبر، ويدل على ما في ضميره، ويكتفي بها إذا كانت مفهمة، وإن لم ينو بها الطلاق؛ على ما حكاه في التهذيب من غير تفصيل.

وقسم الإمام وغيره الإشارة إلى صريحة تغني عن النية، وهي التي يفهم منها الطلاق كل من وقف عليها، وإلى كناية محتاجة[(١)] إلى النية، وهي التي يختص بفهم الطلاق منها المخصوصون بالفطنة[(٢)] والذكاء.

قال الرافعي: وظني أني سمعت - أو رأيت - لبعضهم: أن الكناية [هي][(٣)] التي يختص بفهم الطلاق منها من خالطه، واختبر أحواله وإشارته.

والصريح: ما يفهمه الخلطاء والأجانب.

ولا فرق في اعتبار إشارته بين أن يقدر على الكتابة، أو لا يقدر؛ لحصول الفهم.

وفي التتمة: أنها إنما تعتبر إذا لم يقدر على الكتابة المفهمة، أما إذا قدر عليها فالكتابة هي المعتبرة؛ لأنها أضبط وأدل على المراد إلا أنه لابد وأن يكتب مع ذلك: إني قصدت طلاقها.

إذا تقرر ذلك عدنا إلى الكلام في وقوع طلاقه[(٤)] بالكتابة، والذي ذهب إليه

---

(١) في د: صاحبه.

(٢) قوله: وإشارة الأخرس بوقوع الطلاق معتبرة، ثم إن كانت مفهمة للطلاق فيكتفى بها، وإن لم ينو، كذا قاله في التهذيب، وقسم الإمام وغيره الإشارة إلى صريحة تغني عن النية، وهي التي يفهم منها الطلاق المخصوصون بالفطنة والذكاء، وصوابه وهو المذكور في النهاية ونقله عنه الرافعي - أيضًا - أن يقول: إلى صريحة مغنية عن النية، وهي التي يفهم منها الطلاق كل واقف عليها، وإلى كناية مفتقرة إلى النية، وهي التي يفهم منها الطلاق المخصوصون بالفطنة. انتهى. فسقط من لا يفهم إلى يفهم. [أ و].

(٣) سقط في س.

(٤) في س: طلاقها.

الجمهور أنها كناية في حقه وهو الصحيح؛ لأنْها تحتمل[(١)] امتحان القلم، ومحاذاة الخط، ولا يشترط معها الإشارة؛ لأنها قائمة في حقه مقام العبارة.

وإن قلنا: يقع بالكتابة مع النية؛ فلا يحتاج إلى الإشارة بالطلاق، ويكفي أن يفهمنا[(٢)] أنه نوى الطلاق.

ورأى الشيخ أبو محمد: أن الكتابة في حقه صريحة؛ وهذا تفريع منه على أنها ليست في حق الناطق صريحة.

أما إذا قلنا: إنها في حق الناطق صريحة؛ فهاهنا أولى.

قال: **وإن قال [لها]**[(٣)]: **شعرك طالق، أو**[(٤)]، **بعضك طالق، طلقت**؛ لأن الطلاق لا يتبعض، فكان إضافته إلى الجزء، كالإضافة إلى الكل؛ كما في العفو عن القصاص.

واستدل الرافعي على وقوعه عند الإضافة إلى الجزء المشاع بالإجماع.

وحكم السن، والظفر، وسائر الأجزاء التي تقبل الإزالة والتي لا تقبلها، الظاهرة [منها][(٥)] والباطنة في هذا المعنى - حكم الشَّعْر، وكذلك الإضافة إلى الجزء الشائع والمعلوم كالثلث، والربع مثلاً كالإضافة إلى الجزء المبهم.

وخص الشيخ - رضي الله عنه - الشعر بالذكر؛ لأنه محل الخلاف، [و][(٦)] إذا ثبت فيه مع كونه جائز الإزالة من غير عذر، فلأن يثبت في غيره مع كونه لا يقبل الإزالة مع بقاء الحياة أو غير جائز - أولى، وفي كتاب القاضي ابن كج [حكاية][(٧)] قول في الشعر: أنه لا يقع؛ كما أنه لا يبطل الوضوء بلمسه، قال الرافعي: ولا شك في اطراده في السن والظفر.

والفرق على المذهب بين نقض الطهارة وما نحن فيه: أن نقض الطهارة يتعلق بمس ما هو محل للذة [المس][(٨)]، والشعر لا لذة في مسه، وهنا الاعتبار [بأن يكون][(٩)] متصلاً بها اتصال خلقة أو مباحًا بعقد النكاح، والشعر متصل، ويستباح النظر إليه بعقد النكاح.

وحيث حكمنا بوقوع الطلاق فهل وقع على ما سماه، ثم سرى [إلى][(١٠)]

(١) في س: تمتحن.
(٢) في س: يفهما.
(٣) سقط في س.
(٤) زاد في التنبيه: يدك طالق أو.
(٥) سقط في س.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في س.
(٨) سقط في س.
(٩) في س: بكونه.
(١٠) سقط في د.

باقيها، أو وقع على [جميع][(١)] الجملة ابتداء؟ فيه وجهان، تظهر فائدتهما في صور تتعلق بالطلاق وغيره.

منها: إذا قال: إن دخلت الدار فيدك طالق، ثم بانت اليد، ودخلت الدار، أو قال لمن[(٢)] لا يمين لها: يمينك طالق - فإن قلنا بالأول، لم يقع.

وإن قلنا بالثاني، وقع.

وقطع بعضهم في المسألة الثانية بعدم الوقوع؛ لأنه [إن جعل][(٣)] البعض عبارة عن الكل؛ فلابد من وجود البعض المضاف [إليه][(٤)]؛ لتنتظم الإضافة، فإذا لم يكن لغت؛ كما لو قال لها: لحيتك أو ذكرك طالق.

قال الإمام: ويجب أن يكون هذا متفقًا عليه.

ومنها: إذا قال: حسنك أو بياضك طالق إن قلنا بالأول، لم يقع؛ لأنه لا يمكن وقوع الطلاق على الصفات، وإن قلنا بالثاني؛ وقع، وتجعل الصفة عبارة عن الموصوف؛ هكذا حكاه في «التتمة»، وقضيته أن يكون الراجح وجه السراية، وقد رجحه الرافعي؛ لهذا البناء؛ لأن الظاهر أنه لايقع الطلاق في هذه الصورة.

ومنها: إذا قال لوكيله: طلق زوجتي طلقة فقال لها: يدك أو رجلك طالق، فإن قلنا: إنه يقع بطريق التعبير بالبعض عن الكل، فيقع الطلاق.

وإن قلنا: يقع ثم يسري فلا يقع؛ هكذا حكاه في التتمة، ولم يحك فيما إذا أضاف الوكيل الطلاق إلى جزء شائع، أو قال لها: أنت طالق نصف طلقة خلافًا في الوقوع، وكان مقتضى ما ذكره أن يجري فيهما؛ لما مضى، ولما سيأتي أنه إذا قال لها: أنت طالق نصف طلقة: أن الطلاق يقع بطريق التعبير بالبعض عن الكل، أو بطريق السراية.

ومنها: إذا قال لأمته: يدك أم ولدي[(٥)]، أو قال لصغير مجهول النسب: يدك ابني فإن قلنا بالثاني كان إقرارًا بأمية الولد والنسب.

وإن قولنا بالأول[(٦)] فلا؛ كذا قاله المتولي.

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: لم.
(٣) في س: وإن حصل.
(٤) سقط في س.
(٥) في س: ولد.
(٦) في س: بالثاني.

قلت: وقد يضاف إلى ذلك [ما إذا ضمن إحضار جزء][(١)] شائع من إنسان أو غير شائع، لا تبقى الحياة بدونه، فإن قلنا: إنه بطريق السراية، لم يصح الضمان.

وإن قلنا بطريق التعبير [بالبعض][(٢)] عن الكل؛ [لم يصح، لكن لو قيل به للزم أن يكون الصحيح: أنه يقع بطريق التعبير بالبعض عن الكل فإن][(٣)]؛ الصحيح صحة الضمان، وقد حكينا: أن الراجح خلافه[(٤)].

نعم: هو ماش فيما لو أضاف الضمان إلى جزء تبقى الحياة بدونه.

قال: وإن قال: **[ريقك أو [دمك][(٥)] طالق)، لم تطلق.**

أما في الريق[(٦)]، وما في معناه: كالدمع، والمخاط، والعرق، والبول، وما جانس ذلك؛ فلأنها غير متصلة بها اتصال خلقة، ولا يلحقها الحل والتحريم، والطلاق شرع لقطع الحل الثابت بالعقد.

وأما في [الدم؛ فلأنه][(٧)] لا يلحقه حل ولا تحريم؛ فكان كالبول.

ومن أصحابنا من قال: [إنه][(٨)] يقع في الجميع، على ما حكاه الإمام والحناطي.

ويجري مثله - على ما ذكره الحناطي - فيما إذا قال: الماء والطعام الذي في جوفك طالق.

ومنهم من قطع في الدم بوقوع الطلاق؛ لأنه في معنى الروح؛ إذ به قوام البدن.

ومنهم من حكى - أيضًا - في الروح خلافًا مبنيا على أن الروح جسم أو عرض.

ولو أضاف الطلاق إلى الأخلاط المشكلة[(٩)] في البدن: كالبلغم والمريء[(١٠)]،

---

(١) في س: إخصاص.
(٢) سقط في س.
(٣) بدل ما بين المعقوفين في س: كان.
(٤) قوله: وإذا أضاف الطلاق إلى جزء منها وقع بطريق السراية.
وقيل: من باب التعبير بالجزء عن الكل، وله فوائد.
ثم قال: وقد يضاف إلى فوائده ما إذا ضمن إحضار جزء من إنسان شائع أو غير شائع لا تبقى الحياة بدونه، فإن قلنا: إنه بطريق السراية؛ لم يصح الضمان، وإن قلنا: بطريق التعبير بالبعض عن الكل؛ لم يصح، لكن لو قيل به للزم أن يكون الصحيح صحة الضمان، وقد حكينا أن الراجح خلافه. انتهى.
وتعبيره في آخر كلامه بقوله: أن يكون الصحيح صحة الضمان وهم، وصوابه عدم صحة الضمان؛ فإنه مقتضى التفريع، وأيضًا فإن الصحيح هناك هو الصحة، وحينئذ فلزوم خلافها باطل. [أ و].
(٥) في د: كفك.
(٦) في س: الدم.
(٧) في س: الريق فلا.
(٨) سقط في س.
(٩) في د: المسلكة.
(١٠) في س: المريين.

فهو كالإضافة إلى الفضلات على ما حكاه الإمام.

والإضافة إلى المني واللبن كالإضافة إلى البول، أو كالإضافة إلى الدم؛ [لأنهما يتولدان منه][(١)]؟ وفيه خلاف.

والإضافة إلى الجنين[(٢)] لا توقع الطلاق، وادعى الإمام اتفاق الأصحاب عليه.

وفي ابن يونس حكاية وجه فيه، وهو مروي في الرافعي [عن حكاية أبي الفرج. وفي الإضافة إلى الشحم تردد للإمام، وسبيله إلى أنه لا يقع.

قال الرافعي][(٣)]: والأقرب وقوعه.

ولو قال: سمنك طالق، لم يقع.

ولو أضاف [الطلاق][(٤)] إلى المعاني القائمة بالذات: كالسمع، والبصر، والكلام، والضحك، والبكاء، [والغم][(٥)] [والفرح][(٦)]، والسكون، والحركة - لم يقع.

ونقل الحناطي في الحركة والسكون، والبصر، والكلام - وجهين:

أحدهما: الوقوع.

والثاني: أنه لا يقع حتى يريده.

ولو قال: اسمك طالق، لم يقع إلا أن ينوى بالاسم وجودها وذاتها [فيقع][(٧)]؛ قاله في «التتمة».

ولو قال: حياتك طالق، ففي النهاية: أنه يقع.

وفي التهذيب: أنه إن أراد الروح[(٨)] وقع، وإن أراد المعنى القائم بالحي لم يقع[(٩)].

---

(١) في د: لأنها جوهران.

(٢) في د: الحين.

(٣) سقط في س.

(٤) سقط في س.

(٥) سقط في س.

(٦) سقط في د.

(٧) سقط في س

(٨) في س: الزوج.

(٩) قوله: ولو قال: حياتك طالق؛ ففي النهاية أن يقع.
وفي التهذيب: أنه إن أراد الروح وقع، وإن أراد المعنى القائم بالحي لم يقع. انتهى كلامه.
وما نقله عن التهذيب من أنه لا يقع إذا أراد المعنى القائم بالحي ليس مذكورًا فيه، وإنما عبر في التهذيب بقوله: إن أراد به الروح طلقت واقتصر عليه، فنقله عنه الرافعي، ثم قال - أعني: الرافعي-: وهذا فيه إشعار بأنه إن أراد المعنى القائم بالحي لا تطلق كسائر المعاني، وبه قطع أبو الفرج الزاز، ويشبه أن يكون هو الأصح. هذا كلامه ثم إنا نقول: إن كلام البغوي يشعر بأنه لا يقع عند الإطلاق أيضًا، فلا وجه لاقتصاره على نقل عدم الوقوع في قسم واحد. [أ و].

واعلم: أن ما ذكرناه هو شرح ما هو موجود في النسخ.

وفي النووي: أن الذي ضبط عن نسخ[١] المصنف بدل قوله: دمك: دمعك[٢]، وهو الأصوب، والله أعلم.

ولنختم الباب بذكر الفروع التي تقدمت الإشارة إليها، مقتصرين على ما يغلب على الظن وقوعه.

[**الفرع الأول:**][٣] لو قال لوكيله: إذا أخذت مالي من زوجتي فطلقها أو خالعها، أو: خذ مالي، ثم طلقها - لم يجز تقديم الطلاق على أخذ المال.

وكذلك لو قال: خالعها على أن تأخذ مالي منها.

ولو قال: خذ مالي منها، وطلقها، فهل يشترط تقديم أخذ المال، أو لا يشترط، ويجوز تقديم الطلاق، كما لو قال: طلقها وخذ مالي؟ فيه وجهان:

رجح صاحب التهذيب منهما الأول؛ حكى ذلك الرافعي قبيل كتاب الخلع.

[**الفرع الثاني:**][٤] إذا قال: برئت من نكاحك، ونوى، طلقت، [ولو قال: برئت من طلاقك، لم يقع وإن نوى.

ولو قال: طلقك الله، طلقت][٥].

قال الرافعي: وهذا يشعر [بأنه صريح][٦].

ورأى البوشنجي إلحاق ذلك بالكنايات.

ولو قال: أنت طال[٧] وترك القاف، طلقت؛ حملاً على الترخيم.

وقال البوشنجي: لا ينبغي أن يقع وإن نوى.

نعم: لو قال: يا طال، ونوى - وقع؛ لأن الترخيم في العربية إنما يعتمد في النداء والشعر.

ولو قال: الطلاق لازم لي، أو: واجب علي، تطلق؛ للعرف.

ولو قال: فرض علي، لم تطلق؛ لأنه لم يجر العرف به.

وكل ذلك مروي عن حكاية الشيخ أبي عاصم [العبادي][٨] في الزيادات.

---

(١) في د: نسخة.
(٢) في س: معك.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في س.
(٥) سقط في د.
(٦) في س: بالله يشعر.
(٧) في س: طالق.
(٨) سقط في س.

وفي العدة: لو قال: طلاقك لي لازم، فهو صريح عند أكثر الأصحاب.

وفي فتاوى القفال: أنه إذا قال لزوجته: اذهبي إلى بيت أبوي، ونوى الطلاق عند قوله: اذهبي، وقع، وإن نواه بمجموع اللفظين، لم يقع؛ وأنه لو قال لامرأته: يا بنتي، وقعت الفرقة بينهما عند احتمال السن(١).

ولو قال: امرأتي هذه محرمة علي لا تحل لي أبدًا، نقل الرافعي عن جده: أنها لا تطلق؛ لأن التحريم قد يكون بغير الطلاق، وقد يظن ما لا يحرم محرمًا.

وقيل: يحكم عليه بالبينونة(٢) بمقتضى لفظه.

وعند صاحب التلخيص: أن قوله: أغناك الله كناية.

[وفي التهذيب أن قوله](٣): قومي كناية، والصحيح خلافه.

وفي قوله: تزوَّدي(٤)، حكاية وجه أنه كناية، والله أعلم.

---

(١) قوله: وفي فتاوى القفال: أنه لو قال لامرأته: يا بنتي، وقعت الفرقة بينهما عند احتمال اللبس. انتهى كلامه.
وتعبيره باللبس تحريف لا معنى له، وصوابه وهو المذكور في الفتاوى المذكورة إنما هو السن، أي يحتمل ما قاله من كونها بنتًا له، والمصنف -رحمه الله- لم يظفر بهذه الفتاوى، وإنما اعتمد فيها على نقل الرافعي، والرافعي قد ذكره على الصواب. [أ و].
وقع في النسخ على الصواب وعليه لا يصح الإيراد.

(٢) قوله: ولو قال: امرأتي هذه محرمة عليَّ لا تحل لي أبدًا، نقل الرافعي عن جده: أنها لا تطلق؛ لأن التحريم قد يكون بغير الطلاق، وقد يظن ما لا يُحَرِّم محرمًا.
وقيل: يحكم عليه بالبينونة. انتهى كلامه.
وما ذكره من كون الرافعي نقل ذلك عن جد نفسه قد وقع له مثله -أيضًا- في غير هذه المسألة، وهو غلط عجيب، وإنما الناقل لذلك هو سريج الروياني عن جده: أبي العباس، كذا نقله الرافعي في باب أركان الطلاق بعد نحو خمسة أوراق من أوله، وسبب غلط المصنف في ذلك أن الرافعي ذكر هذه المسألة في أثناء مسائل كثيرة، ذكر في أولها أنها منقولة عن سريج المذكور، فوقف المصنف على المسألة غافلًا عما سبق في أول الفصل من عزوها إلى سريج، فظن أن المراد بقوله: قال جدي، أن الرافعي هو القائل ذلك يعني جد نفسه، فصرح به فوقع في الغلط، ثم إن جد الرافعي ليس معدودًا في أهل العلم بالكلية ولا معروفًا بشيء من ذلك إلا أن المصنف - رحمه الله - مع جلالة قدره وانفراده في زمانه - قليل الخبرة بالأصحاب، بل بالمصنفات أيضًا. [أ و].

(٣) في س: ففي قوله.

(٤) في س: زوديني.

فهرس المحتويات

* * *